



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**

**SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL**

**Medellín, dieciocho (18) de agosto de dos mil veintitrés (2023)**

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** FANNY ELENA HOYOS CLAVIJO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES – COLFONDOS  
**RADICADO:** 052663105 002 2023 00120 01  
**ACTA N°:** 66

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por las Magistradas **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE y JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ**, se constituyó en audiencia pública en el proceso del trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **FANNY ELENA HOYOS CLAVIJO** en contra de **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**, para pronunciarse en virtud del recurso de apelación de **ambas partes** y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Envigado 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 66** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

**1. LA DEMANDA<sup>1</sup>**

La DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Se declare la ineficacia de afiliación al RAIS y realizada con COLFONDOS S.A. en razón a violación del derecho a libre escogencia por falta de información y que la accionante permaneció afiliada son solución de continuidad al RPMPD. **ii)** Se ordene a COLFONDOS trasladar todos los aportes de la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos financieros y el bono pensional a COLPENSIONES y al pago de la indemnización de perjuicios a favor de la actora.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** La Demandante nació el 14 de junio de 1963, razón por la cual cumplió la edad mínima en 2020 conforme al art 33 de la ley 100 de 1993. Se afilió al RPMPD desde noviembre del 1988. **ii)** Se trasladó al RAIS el 10 de septiembre de 1994. COLFONDOS S.A. no le brindó análisis de su situación pensional, análisis de comparativos en regímenes, y ni exposición de la oportunidad de ejercer su derecho de retracto o las desventajas del RAIS. **iii)** A la actora le han causado

---

<sup>1</sup> 01PrimeralInstancia / Archivo 02 / Pág. 4 – 24

perjuicios morales y patrimoniales, los primeros cuantificados bajo *arbitrio juris* y los segundos determinados en un daño emergente consolidado respecto de los honorarios profesionales que sufragó para representación judicial (10 s.m.l.m.v) y una prima de resultado (2 s.m.l.m.v).

## 2. CONTESTACIONES

### 2.1. COLPENSIONES.<sup>2</sup>

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones contenidas en el libelo petitorio de la demanda, por carecer estas de fundamentación legal y fáctica. Propuso como excepciones las que denominó: INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORÍA DE TRASLADO, INVERSIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA, ERRÓNEA INTERPRETACIÓN E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL, AUSENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES DEL DEMANDANTE SEGÚN EL DECRETO 2241 DE 2010 Y EN VIRTUD DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS DEL CONTRATO DE AFILIACIÓN, DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL, EN LOS FALLOS DE INEFICACIAS DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABLE DE LA AFP ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN INNOMINADA, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

### 2.2 COLFONDOS S.A..<sup>3</sup>

La entidad se **opuso a cada una de las declaraciones**. Propuso como excepciones las que denominó: 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 RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A., PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO.

## 3. SENTENCIA<sup>4</sup>

En la audiencia del **11 de julio de 2023** la **JUEZ SEGUNDA LABORAL DEL CIRCUITO DE ENVIGADO** tomó las siguientes decisiones:<sup>5</sup> **i) DECLARÓ** ineficaz el traslado de la señora FANNY ELENA HOYOS CLAVIJO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado en el año 1994 a COLFONDOS S.A. **ii) CONDENÓ** a COLFONDOS S.A. que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de la providencia, TRASLADÉ a COLPENSIONES los

<sup>2</sup> 01PrimerInstancia / Archivo 06 / Pág. 3 – 21

<sup>3</sup> 01PrimerInstancia / Archivo 07 / Pág. 2 – 12

<sup>4</sup> 01PrimerInstancia / Archivo 34

<sup>5</sup> 01PrimerInstancia / Archivo 24VideoAudiencia 2020-003 min 01:15:06 – 01:18:03

saldos de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual en los periodos de afiliación, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, la prima de reaseguro de Fogafin, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima **con cargo a sus propios recursos**, durante el tiempo en que la demandante estuvo en el RAIS. Al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y deberá normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, conforme lo analizado en esta decisión. **iii) ORDENÓ** a COLPENSIONES reactivar de manera inmediata la afiliación de FANNY ELENA HOYOS CLAVIJO al régimen de prima media con prestación definida y a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído. **iv) ABSOLVIÓ** a las demandadas al pago del perjuicio solicitado, **DECLARÓ** no probadas las excepciones de mérito propuestas y **CONDENÓ** en costas a la sociedad COLFONDOS S.A. a favor de la demandante.

#### 4. RECURSOS DE APELACIÓN.<sup>6</sup>

##### 4.1. COLFONDOS S.A.

La entidad cuestiona la orden referida a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y los demás que fueron descontados por COLFONDOS durante la vigencia de la afiliación de la demandante, razonando de este modo: i) Invoca el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por el 7 de la ley 797 de 2003, para señalar que en estos gastos de administración concurren los descuentos relacionados con los seguros previsionales para cubrir las contingencias relacionadas con la invalidez o sobrevivencia, las que se deben tener en cuenta que desde el mismo momento en que fue afiliada por lo que se considera injusto que se ordene su devolución. ii) Debe tenerse en cuenta que, pese a que se esté aplicando la teoría de las restituciones mutuas, estos descuentos se realizaron en ejercicio de la labor que ejerció COLFONDOS en su momento, de no haberse trasladado no se hubieran generado los rendimientos financieros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual. Solicita así que no se ordene a COLFONDOS devolver los gastos de administración, seguros y demás descuentos que se realizaron durante la vigencia de afiliación de la demandante.

##### 4.2. PARTE DEMANDANTE.

Se insiste en la condena a la indemnización de perjuicios, señalando: **i)** Según el artículo 2341 del CC es un principio general del derecho que quien causa o comete un daño por culpa está obligado a repararlo. Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 que consagra el principio de reparación integral en la reparación del daño se deben adoptar las medidas compensatorias que sean convenientes según la situación particular del afectado, para reparar íntegramente los

<sup>6</sup> 01PrimerInstancia / Archivo 24VideoAudiencia 2020-003 min 01:18:32 – 01:21:52

perjuicios ocasionados adoptando todas las medidas que considere necesarias. **ii)** Teniendo en cuenta la característica social de la jurisdicción laboral y de la seguridad social debían ser analizados como se expuso en el hecho décimo primero de la demanda, perjuicios morales que se solicitó fueran estimados. **iii)** En el presente asunto el traslado efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS fue efectuado en ejercicio de la labor comercial de Protección, la causa del daño es determinante porque si el promotor hubiese proporcionado la información necesaria para el traslado éste no se hubiera causado. Y la causa del daño es idónea, se generó como consecuencia obligada de la suscripción del formulario del traslado. Y se encuentran plenamente probados y demostrados, los morales porque la demandante ha postergado su retiro a disfrutar de la vida de pensionada como consecuencia de ese acto de COLFONDOS. Y el perjuicio patrimonial en la necesidad de conseguir un abogado para que la representara en el proceso con el que se estableció 10 s.m.l.m.v y una prima de resultado equivalente a 2 s.m.l.m.v.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia<sup>7</sup> solo intervino COLPENSIONES. La apoderada solicita la REVOCATORIA de la sentencia señalando básicamente, lo siguiente: **i)** Reitera lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modifico el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 porque la señora **FANNY ELENA HOYOS CLAVIJO nació el 14 de junio de 1963** por lo que para la fecha de la presentación de la demanda acreditaba 59 años de edad. **ii)** Respecto a la declaratoria de ineficacia de traslado aduce: a) No se puede indicar que exista un vicio en el consentimiento porque la afiliación se efectuó en 1994 en vigencia del Decreto 663 del 02 de abril de 1993 antes de 2009 y solo se exigía atender el formulario con el lleno de los requisitos para demostrar la aceptación y consentimiento del afiliado, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible. b) Es por ello, que no puede hablarse de un ERROR por falta al deber profesional de información con el que cuentan las AFP, pues se considera grosso modo un modelo pensional que garantiza la pensión mínima, sus afiliados pueden pensionarse con años de anterioridad al régimen de ahorro individual, los dineros depositados en las cuentas de ahorro individual pueden pertenecer a la masa sucesoral lo que no ocurre en el RPM que se trasladan es al fondo común en caso de ausencia de beneficiarios, etc. c) Invoca la sentencia T 422 de 2011 para señalar que solamente cuando los hechos de la controversia permitan dilucidar que la persona era una parte débil debido a su calidad y escasos conocimientos puede procederse con un regreso automático, por lo que en este caso no puede hablarse de un vicio en el consentimiento en los términos del artículo 1510 del Código Civil. d) Así, recaba en que el vicio del consentimiento no quedó demostrado en el presente asunto, pues si

<sup>7</sup> numeral 1 del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022

analizamos de manera pormenorizada el interrogatorio de parte efectuado al demandante con sus efectos legales de confesión, aquel indicó en su declaración que la firma del formulario de afiliación a COLFONDOS S.A fue de manera voluntaria y no hubo presiones por parte de un tercero ni por el asesor del referido fondo.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de **ambas partes**, y del grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, 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. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN de la DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

#### **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 ésta 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 DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) FANNY ELENA HOYOS CLAVIJO** nació el **14 de junio de 1963** por lo que en este momento cuenta con **60 años**<sup>8</sup>; **ii)** Se afilió inicialmente al **I.S.S.** el **29 de noviembre de 1988** donde cotizó 4

<sup>8</sup> 01PrimeralInstancia / Archivo 02 / Pág. 25

semanas<sup>9</sup>; **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL a **COLFONDOS S.A.** por medio de formulario de afiliación suscrito el **10 de septiembre de 1994** cuando laboraba como AUXILIAR ADMINISTRATIVA en el LICEO NACIONAL FEMENINO JAVIERA LONDOÑO<sup>10</sup>.

La demandada ha 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 la actora, 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 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 **FANNY ELENA HOYOS CLAVIJO**, ésta tenía menos de **35 años** de edad y menos **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 la demandante era beneficiaria 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 si permanecía en el I.S.S. el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 55 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. Lo anterior, en virtud de lo previsto en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 que sería el aplicable en su caso por estar cotizando al I.S.S.

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 55 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

<sup>9</sup> 01PrimeraInstancia / Archivo 06 / Pág. 51

<sup>10</sup> 01PrimeraInstancia / Archivo 02 / Pág. 32



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 las MUJERES a los 60 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 57 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrándole las claras diferencias en los requisitos de la pensión con los del régimen de prima media como beneficiaria de transición. **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.

Pero 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, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por la señora **FANNY ELENA HOYOS CLAVIJO**, diligencia en la fue enfática en reiterar las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Debe entonces la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente **CONFIRMAR** la decisión que se revisa, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

Debe destacarse que la ADMINISTRADORA 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 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)** 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. Siendo, así las cosas, 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 la DEMANDANTE alcanzó los **60** años, es completamente posible que el bono pensional TIPO A ya se hubiere redimido y su valor se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora **HOYOS CLAVIJO**. 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, **COFONDOS 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.

Finalmente, en relación con la **pretensión de indemnización de perjuicios** baste señalar lo siguiente:

- La que se aduce como perjuicio material referida al pago **de los honorarios pactados por la 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 en relación con el planteamiento referido a perjuicios morales baste señalar lo siguiente: En el proceso no se acredita prueba en relación con perjuicio moral alguno, en el hecho DÉCIMO PRIMERO se hace referencia tangencial al respecto al afirmar que se han causado cuantificados al arbitrio juris, sin precisar su alcance ni definir de qué forma se concretan. Pero debe tener presente el recurrente, que los perjuicios reclamados **no se presumen**, de modo que ante el incumplimiento de la carga probatoria no procede condena alguna sobre esta pretensión. Así, se CONFIRMA la decisión absolutoria.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a COLFONDOS S.A. decisión que fue no cuestionada. **ii)** Y no haber prosperado los recursos, no se causan costas en segunda instancia.

## 8. 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:** Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Envigado, con las siguientes MODIFICACIONES al numeral **SEGUNDO** porque dentro de los **30 días siguientes** a la notificación de esta providencia, **COLFONDOS S.A.** debe **devolver** a **COLPENSIONES** la totalidad de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos financieros, **así como 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

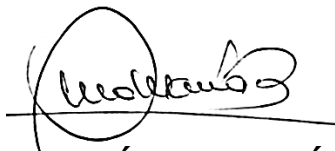
ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

Y se adiciona, porque en caso de haberse redimido el bono pensional tipo A 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.

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

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.

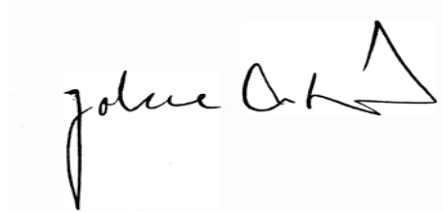
**Los Magistrados,**



**ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ**



**LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE**



**JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ**