



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: NORIS CRISTINA GIL BADEL
DEMANDADO: COLPENSIONES Y COLFONDOS S. A
RADICADO: 050013105 012 2023 00021 01
ACTA No.: 66

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE y JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ**, se constituyó en audiencia pública en el proceso del trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **NORIS CRISTINA GIL BADEL** para pronunciarse en virtud de los recursos de apelación de **COLFONDOS y COLPENSIONES** así como en grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado **Doce** 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 66** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

La DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: Que se **DECLARE** la ineficacia del traslado al RAIS, que esta válidamente afiliada al RPM con prestación definida administrado por **COLPENSIONES** y que **COLFONDOS** está obligada a devolver los aportes realizados por la **DEMANDANTE** a **COLPENSIONES**. **ii)** Que se **CONDENE** a **COLFONDOS** trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes realizados por la accionante, incluyendo los rendimientos, y sin descuento alguno por cuota de administración. Y a **COLPENSIONES** a tener como válida, vigente y continua su afiliación. **iii)** Que se **CONDENE** a todo lo demás que resulte probado.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** NORIS CRISTINA GIL BADEL nació el 28 de abril de 1967. Empezó a cotizar al RPM con prestación definida desde febrero de 1990 hasta mayo de 2004, momento en que se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS, donde se encuentra actualmente. **ii)** Asegura que, al momento de la afiliación al RAIS no contó con información suficiente, pues de haber

¹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 03EscritoDemandaOrdinaria / Págs. 2 – 10

tenido información más completa hubiera entendido que le resultaba más beneficioso permanecer en el RPM. Por el contrario, la AFP mediante un engaño sustentaba la decisión con premisas que no se ajustaban a la realidad de la accionante. **iii)** Envío derecho de petición a COLFONDOS el 4 de noviembre de 2022 solicitando prueba de asesoría y re-asesoría, además de autorización de traslado de régimen. Frente al cual no obtuvo respuesta alguna. **iv)** Solicitó autorización de traslado a COLPENSIONES el 2 de noviembre de 2022 que fue negada con respuesta del 3 de noviembre, agotando de esta manera la reclamación administrativa. **v)** Ilustra en el hecho DECIMO PRIMERO un cuadro con el que muestra la diferencia sustancial entre las pensiones que recibiría tanto en el RAIS, como en el RPM.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLFONDOS S.A.²

La entidad se opuso a prosperidad de las declaraciones y condenas en las que esté involucrada. 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 REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN AL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A., PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO.

2.2 COLPENSIONES³

La administradora del Régimen de Prima Media se opone a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por carecer de fundamentación legal y fáctica. Propuso como excepciones las que denominó: INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN; INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORÍA DE TRASLADO PENSIONAL; LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA NO PUEDE SER APLICADA EN FORMA GENÉRICA, SIN NINGUNA PONDERACIÓN, Y EN DESIGUALDAD DE LAS PARTES INVOLUCRADAS EN UN PROCESO; ERRONEA INTERPRETACIÓN E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL; SE OTORGA UN ALCANCE QUE NO CORRESPONDE AL CONTENIDO DE LOS DECRETOS 663 DE 1993 Y 692 DE 1994, EN CUANTO A LA VOLUNTAD VERTIDA EN EL FORMULARIO DE AFILIACIÓN; EL RETORNO EN CUALQUIER TIEMPO AL RPM, FALTANDO MENOS DE 10 AÑOS PARA LA EDAD DE PENSIÓN DEBE REALIZARSE ATENDIENDO: (I) LAS EXPECTATIVAS PENSIONALES DEL AFILIADO Y (II) LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – ART. 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ADICIONADO POR EL ARTÍCULO 1 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005; PRESCRIPCIÓN; EXCEPCIÓN INNOMINADA; COMPENSACIÓN; DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE EMITIDO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y CORTE CONSTITUCIONAL;

² Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 09ContestacionColfondos / Págs. 2 – 19

³ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 05ContestacionColpensiones / Págs. 2 – 26

BUENA FE DE COLPENSIONES; DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS; LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN (TERCEROS DE BUENA FE); IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **08 de junio de 2023** la **JUEZ DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN** tomó las siguientes decisiones⁵: **i) DECLARÓ** la INEFICACIA del traslado de régimen efectuado por la señora **NORIS CRISTINA GIL BADEL** al régimen de ahorro individual efectuado el **15 de abril de 2004**. **ii) CONDENÓ** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar el monto del capital ahorrado por **NORIS CRISTINA GIL BADEL**, desde el **1º de noviembre de 2005** (fecha de efectividad) hasta el momento en que se haga el traslado efectivo del capital con sus respectivos rendimientos financieros a **COLPENSIONES**, así como a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1.746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora. Sumas que deberán ser **debidamente indexadas** al momento de su depósito efectivo en **Colpensiones**, por tratarse de sumas de dinero que han sido depreciadas en su valor con el paso del tiempo. Se advierte que si la sumatoria de todos los conceptos que se ordena trasladar, resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que la demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media, será la referida AFP quien asuma la diferencia que resultare. Se ordena a **COLFONDOS S.A.** entregar a **COLPENSIONES** dichas sumas de dinero dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 692 de 1994. **iii) ORDENÓ** a **COLPENSIONES** recibir de **COLFONDOS S.A.** los valores aludidos y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputarlos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron aportados, los que habrán de tenerse como válidos para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional. **iv) DECLARÓ** infundadas las excepciones propuestas por las codemandadas y condenó en **COSTAS** a cargo de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** en favor de la parte demandante.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. COLFONDOS S.A.⁶

Cuestiona la condena a devolver todos los conceptos mencionados de manera indexada, argumentando: i) Los rendimientos generados durante el periodo en que

⁴ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 16ActaAudiencia

⁵ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 17Audiencia / Min. 00:40:20 – 00:43:20

⁶ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 17Audiencia / Min. 00:43:33 – 00:45:48

administró los recursos fueron superiores a los que se hubieran podido generar en el RPM si la **DEMANDANTE** siempre hubiera permanecido en dicho régimen. Resalta que este concepto no fue solicitado en la demanda ni incluido en la fijación del litigio. ii) Respecto a la orden de devolución de gastos de administración, seguros previsionales y descuentos sufridos en la cuenta de la actora la condena no se ajusta a la realidad, porque se ha cumplido con el deber de administrar los fondos pensionales y gracias a su buena labor se generaron rendimientos que incrementaron los montos, por lo que se deben aplicar los principios de equidad y justicia. iii) Las primas de seguros previsionales ya se causaron a un tercero y su devolución afecta la capitalización del fondo de pensiones, además se desconoce la teoría de las restituciones mutuas, imponiendo una condena sobre el deterioro sufrido por el bien administrado aun cuando no se debatió sobre ello, resaltando que se propuso la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD O INEFICACIA POR FALTA DE CAUSA. iv) Finalmente recaba en que durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante a **COLFONDOS**, los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual generaron rendimientos debido a la gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado.

4.2. COLPENSIONES⁷

Se cuestiona la decisión adoptada, haciendo énfasis en lo siguiente: i) Referente a la sostenibilidad financiera de **COLPENSIONES**, dice que se ordena a la entidad recibir a la afiliada sin consideración de las implicaciones económicas y administrativas que estas providencias representan, y al tener que asumir una defensa técnica en una relación jurídica sustancial de la cual en principio no hizo parte. La forma en que se vincula como litisconsorte necesario partiendo de la base que esta administradora no participó en la celebración del contrato de vinculación, ni hizo parte del uso de maniobras contrarias a la ley para obtener el traslado de los aportes de los afiliados, con ocasión de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993. ii) Señala que es claro que la demandante solicita que se declare la ineficacia no por la falta de información, sino por el monto que recibiría en cada uno de los regímenes, y recaba en que el reconocimiento de la pensión generará un menoscabo de la sostenibilidad financiera de la entidad, pues producto del traslado no fue posible una adecuada planeación financiera frente al reconocimiento en un futuro de la pensión de vejez.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁸, la apoderada de **COLPENSIONES** intervino para solicitar la REVOCATORIA de la sentencia, razonando de este modo: **i)** Luego de abordar de manera sucinta los conceptos de nulidad e ineficacia, describe las etapas definidas en los fallos

⁷ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 17Audiencia / Min. 00:45:51 – 00:47:26

⁸ Numeral 1 del artículo 13 de la ley 2213 de 2022

relacionados con la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensionales sin indicar los Radicados de las providencias; e invoca el artículo 2 de la ley 797 de 2003 y las sentencias **C-1024 de 2004**, **SU-062 de 2010** para solicitar se absuelva a COLPENSIONES de las peticiones plasmadas en la demanda. ii) Señala que en caso de confirmar la sentencia ésta sea adicionada ordenando a **COLFONDOS S.A.** devolver el 100% de los aportes obligatorios efectuados por la afiliada, esto es, las sumas correspondientes al saldo de la cuenta de ahorro individual, los gastos o cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los seguros previsionales, pero incluyendo además, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro de Fogafín, frutos e intereses y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional causados durante el tiempo en que la señora **NORIS CRISTINA GIL BADEL** estuvo afiliada a la Administradora del RAIS debidamente indexados. Invoca las sentencias con Radicado 31.989 del 9 de septiembre de 2008, 4.989 y 4.964 del 14 de noviembre de 2018, 1.688 del 8 de mayo de 2019 y Radicado 68.838 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de los recursos de apelación de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, y en el 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° 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

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: i) **NORIS CRISTINA GIL BADEL** nació el **28 de ABRIL de 1967** por lo que en este momento cuenta con **56 años**⁹; ii) Se afilió inicialmente al **I.S.S.** desde el **08 de febrero de 1990** y cotizó 423,57 semanas hasta el **31 de mayo de 2004**¹⁰; iii) Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL en COLFONDOS S.A suscribiendo formulario de traslado. La solicitud de vinculación se hizo el **15 de abril de 2004**¹¹.

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 **NORIS CRISTINA GIL BADEL**, 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 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 57 años de edad y acreditando 1300 semanas cotizadas

⁹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 03EscritoDemandaOrdinaria / Pág. 11

¹⁰ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 05ContestacionColpensiones / Pág. 170

¹¹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 09ContestacionColfondos / Pág. 52

para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 80 % en caso de cotizar 1800 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 modificado por el 9 y 10 de la Ley 797, 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 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 **NORIS CRISTINA GIL BADEL**, 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 adocinado 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**. Siendo, así las cosas, se MODIFICARÁ la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a COLFONDOS S.A. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al no prosperar el recurso interpuesto por COLFONDOS S.A. se causan a su cargo. Agencias en derecho 1 salario mínimo mensual vigente del 2023.

8. LA DECISIÓN

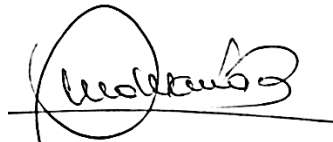
En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

PRIMERO: Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado **Doce** Laboral del Circuito de Medellín, 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.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. Agencias en derecho (1) salario mínimo legal vigente del 2023.

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.

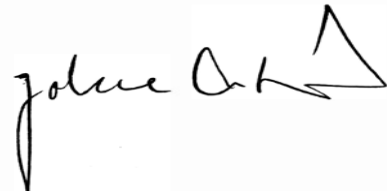
Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE



JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ