

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



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Radicación:	05001310500120160031901
Proceso:	Ordinario
Demandante:	GUDIELA AMPARO MONSALVE ATEHORTUA
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCION S.A.
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	26/01/2023
Decisión:	CONFIRMA

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 30/01/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	GUDIELA AMPARO MONSALVE ATEHORTUA
DEMANDADAS	COLPENSIONES y PROTECCION S.A
ORIGEN	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-001-2016-00319-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Consulta
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha señalada, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por los Magistrados ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GUDIELA AMPARO MONSALVE ATEHORTUA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A.

En atención a memorial aportado vía electrónica el 23 de mayo de 2022¹ se reconoce personaría a la firma MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S. identificada con NIT.900.437.941-7 para actuar en favor de los intereses de Colpensiones según poder conferido a través de la escritura pública N° 3374 del 02 de septiembre de 2019², así mismo se reconoce personería a la profesional del derecho Leidy Vanessa Garcés Mendoza, identificada con la CC 1.017.183.045 y portadora de la TP 254.414 del C. S de la J., según sustitución de poder³ suscrita por Maricel Londoño Ricardo en calidad de representante legal de la firma Muñoz y Escrucería S.A.S.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda⁴

La señora GudielA Amparo Monsalve Atehortua formula demanda contra Colpensiones, pretendiendo se declare como pretensiones principales DECLARATIVAS: **i)** que le asiste derecho al TRASLADO PENSIONAL del Rais administrado por PROTECCION S.A pensiones y cesantías al RPMPD administrado por COLPENSIONES en consideración al cumplimiento de los requisitos exigidos en la sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 **ii)** que le asiste derecho al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100/1993 en concordancia con el artículo 12 del decreto 758 de 1990, y en consecuencia se CONDENE: **i)** a PROTECCION S.A al traslado de los aportes, bono y rendimientos efectuados hacia COLPENSIONES; **ii)** a COLPENSIONES a recibir los aportes, bonos y rendimientos trasladados por PROTECCION S.A; **iii)** a COLPENSIONES

¹ 02SegundaInstancia, 04SustitucionPoderColpensiones
² 02SegundaInstancia, 04SustitucionPoderColpensiones, pág. 6/24
³ 02SegundaInstancia, 04SustitucionPoderColpensiones, pág. 4
⁴ 01PrimeraInstancia, 02expedinteDigitalizado Págs. 2/5

a reconocer y pagar la PENSION DE VEJEZ a la cual tiene derecho de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de la ley 100/1993 en concordancia con el artículo 12 del decreto 758/1990; **iv)** al pago de la RETROACTIVIDAD causada junto con las mesadas adicionales y ordinarias; **v)** al pago de los INTERESES MORATORIOS consagrados en el artículo 141 de la ley 100/1993 o en subsidio la INDEXACION de las condenas; **vi)** al pago de las costas procesales.

En SUBSIDIO pretendió se DECLARE: **i)** la NULIDAD de la afiliación al sistema de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A pues tal traslado obedeció a un vicio en el consentimiento al cual se le indujo por omisión en la información; **ii)** consecuentemente permaneció afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 14 de junio de 1959 e inició cotizaciones ante el RPM a través del ISS el 30 de enero de 1979, trasladándose al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., el 01 de enero de 2001, efectuó el traslado al ser abordada por una asesora de la AFP privada quien lo le explicó su situación pensional o las consecuencias que tendría al trasladarse, hablándole únicamente de las ventajas del traslado y generándole constante preocupación y desazón ante su perspectiva pensional, razón por la cual solicitó a Colpensiones el 14 de octubre de 2015 el traslado de régimen, petición negada aduciendo que le faltaban menos de 10 años para pensionarse

Indica que sin contar las semanas cotizadas a PROTECCIÓN S.A., para el momento del traslado de régimen ya ostentaba una densidad de semanas equivalente a 1.027,56 de las cuales más de 750 fueron cotizadas antes de la entrada en vigencia del sistema pensional.

Oposición a las pretensiones de la demanda

Colpensiones⁵ se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que, no existe fundamento legal o fáctico para la prosperidad de las pretensiones además de haber obrado bajo preceptos legales sin que existan vicios de error, fuera y dolo que generen la nulidad en el traslado, adicionalmente afirma que la activa no es beneficiaria del régimen de transición, ni contaba para el año 1994 con 750 semanas de cotización, refiriéndose equivocadamente a presupuestos respecto de quien denomina el “señor Ochoa”. Excepcionó: inexistencia de la obligación de pagar la pensión de vejez del demandante bajo régimen de transición, prescripción y compensación.

Por su parte **Porvenir S.A.**⁶ se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante se encuentra dentro de la limitante temporal para efectuar traslado, al estar a menos de 10 años de cumplir con la edad mínima para pensionarse por vejez, sin que le sean aplicables las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 pues no contaba al 01 de abril de 1994 con 15 años de servicio y por ende tampoco era beneficiaria del régimen de transición pensional aduciendo que la historia laboral refleja que solo tenía 748 semanas de cotización y para la entrada en vigencia del sistema general únicamente contaba con 34 años de edad.

Así mismo se opone a las pretensiones subsidiarias aduciendo que el acto de traslado fue válido en la medida que la demandante suscribió el formulario de manera libre,

⁵ 01PrimerInstancia, 02ExpedienteDigitalizado, Págs. 68/71

⁶ 01PrimerInstancia, 02ExpedienteDigitalizado, Págs. 77/106

espontánea y sin presiones, luego de haber recibido una asesoría integral y completa en relación con las implicaciones del acto que suscribió. Propuso como excepciones de mérito: cumplimiento de los requisitos formales de la afiliación, asesoría adecuada y correcta, acto existente jurídico y válido, ausencia de vicios del consentimiento, ausencia de causa para pedir, prescripción de la acción de nulidad del acto jurídico, incumplimiento del requisito de 15 año de servicios cotizados por la demandante, buena fe y prescripción.

Sentencia de primera instancia⁷

El 15 de noviembre de 2017, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín declaró probadas las excepciones de inexistencia de pagar pensión de vejez propuesta por Colpensiones y cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación, asesoría adecuada y correcta, acto jurídico y valido, y ausencia de vicios del consentimiento propuestas por PROTECCIÓN S.A., absolviendo a las demandadas de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra y condenando a la demandante en costas.

Como fundamento para negar la pretensión principal, sostuvo que la demandante no acreditó los 15 años de servicio al 01 de abril de 1994 razón por la cual no le eran aplicables las sentencias C 1054 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013; en cuanto a las pretensiones subsidiarias adujo que era improcedente declarar nulo el acto de traslado en tanto la mesada pensional en uno y otro régimen sería equivalente al salario mínimo, ni predicar la ineficacia del acto de traslado al considerar que la demandante había aceptado en el interrogatorio de parte que recibió la información sobre las consecuencias favorables del traslado, y no sufrió consecuencias adversas o negativas de su afiliación .

Ninguna de las partes formuló recurso de apelación, por lo cual se ordenó la remisión del expediente **en grado jurisdiccional de consulta** en favor de la demandante.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Colpensiones⁸

Descorre el traslado solicitando ser absuelta de todas las pretensiones de la demandada relativas a la nulidad y/o ineficacia de afiliación y al pago de la pensión de vejez a su cargo, aduciendo que en el proceso se logró demostrar una adecuada asesoría por parte de la AFP privada, además de que se logró demostrar que la demandante conocía las mesadas pensionales que obtendría en uno y otro régimen.

Protección S.A

Al descorrer el traslado solicitó confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia, aduciendo que al momento de efectuar el traslado de régimen la demandante fue plenamente informada acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales, sus ventajas y desventajas y las implicaciones que le aparejaba el traslado, además de habersele reasesorado previo cumplimiento de los 47 años, considerando por tanto que se surtieron todos los procedimientos legales en relación con la afiliación de la demandante y por tanto hay lugar a la confirmación de la sentencia absolutoria.

Demandante

La parte demandante dejó fenecer el término sin presentar alegatos de conclusión.

⁷ 01PrimeraInstancia, 05SentenciaPrimeraInstancia

⁸ 02SegundaInstancia, AlegatosColpensiones

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por el artículo 69 del CPTSS modificado por la Ley 1149 de 2007, y en acatamiento de la decisión de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado 7382 de 2015 en razón al grado jurisdiccional de consulta.

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, así como la oposición formulada por las demandadas, y los argumentos de la decisión de primera instancia, interpreta la Sala, que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar: **a)** la viabilidad de ordenar o no del traslado de la demandante hacia el RPM, hoy administrado por Colpensiones, por tener a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, más de 15 años laborados; en caso afirmativo, **b)** se precisarán las consecuencias del mismo y qué conceptos deberá entregar PROTECCIÓN S.A. a Colpensiones y **c)** si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones. En caso negativo se procederá al estudio de las pretensiones subsidiarias determinando **d)** la viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, de ser procedente, se precisarán, **e)** las consecuencias de dicha declaración, como el que su afiliación al RPM se considere sin solución de continuidad, así como lo concerniente a los conceptos que deben trasladarse desde la AFP del RAIS hacia Colpensiones y **f)** si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.

Hechos relevantes probados documentalmente

- La señora Gudiel Amparo Monsalve nació el 14 de junio de 1959⁹
- Se afilió al ISS el 30 de enero de 1979¹⁰ según consta en la historia laboral de Colpensiones.
- Acreditó 748,99 semanas de cotización entre el 30 de enero de 1979 y el 01 de abril de 1994¹¹.
- Formulario de afiliación al RAIS a través de Protección S.A., suscrito el primero de enero de 2001¹².
- PROTECCIÓN S.A., le realizó proyección pensional al momento del traslado¹³ y reasesoría el 18 de noviembre de 2005¹⁴.
- Suscribió formulario de afiliación ante Colpensiones, el 14 de octubre de 2021¹⁵.

a) Traslado del Régimen Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida

El art.13 de la Ley 100 de 1993 en su redacción primigenia, fue modificado y adicionado por el art.2 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al proceso, determinó que el literal e) del art.13 de la Ley 100 de 1993 quedaría así:

⁹ 01PrimeralInstancia, ExpedienteDigitalizado, Pág. 16

¹⁰ 01PrimeralInstancia, ExpedienteDigitalizado, Pág. 133/135

¹¹ 01PrimeralInstancia, ExpedienteDigitalizado, Pág. 133/135

¹² 01PrimeralInstancia, ExopedienteDigitalizado Pág. 26

¹³ 01PrimeralInstancia, ExopedienteDigitalizado Pág. 117/118

¹⁴ 01PrimeralInstancia, ExopedienteDigitalizado Pág. 119/121

¹⁵ 01PrimeralInstancia, ExopedienteDigitalizado Pág. 35/37

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”. (subraya de la Sala).

El aparte subrayado, fue declarado exequible por la H. Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004, bajo el entendido que quienes reúnan las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que, habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002.

La Alta Corporación Constitucional en esta providencia de 2002, al estudiar la constitucionalidad de los incisos 4 y 5 del art. 36 de la Ley 100 de 1993¹⁶, los declaró exequibles, bajo condición de que las disposiciones allí contenidas, no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en pensiones de la referida ley.

La postura decantada y reiterada en sentencias como la SU 062 de 2010 y la SU 130 de 2013, en la cual el órgano de cierre constitucional expresó:

“(…) conforme a los dos pronunciamientos contenidos en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, en las que se decidió acerca de la constitucionalidad de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100/93 y del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, la Corte dejó claramente definido el contenido y alcance de las citadas disposiciones, en lo relacionado con el traslado de régimen pensional y las consecuencias derivadas del mismo.

9.2.3.10. De lo señalado por la Corte en dichas providencias, se desprende, entonces, que todos los usuarios del SGP, incluidos los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de

¹⁶ “Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.”

“Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.

ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquél régimen”.

Atendiendo a estas precisiones, previa valoración de la prueba anteriormente relacionada, la Sala coincide con el análisis efectuado por la A-quo, en el sentido de concluir que GUDIELA AMPARO MONSALVE ATEHORTUA no satisface el primero de los requisitos exigidos por el precedente judicial vigente en la materia, para trasladarse en cualquier momento desde el RAIS hacia el RPM, hoy administrado por Colpensiones, así:

Nació el 14 de junio de 1959¹⁷, no contaba con 35 años al 01 de abril de 1994 –fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones-, no contando para dicha data, según las diferentes historias laborales¹⁸ glosadas al expediente, con las 750 semanas de cotización necesarias para ser beneficiaria del régimen de transición pensional y por tanto tener derecho a trasladarse de régimen en cualquier tiempo.

Por lo anterior, revisándose la presente sentencia en virtud del grado jurisdiccional de consulta, pasará la sala a ocuparse de las pretensiones subsidiarias, así:

b) Viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS.

Con la finalidad de determinar la eficacia o ineficacia de la afiliación al RAIS por parte de la demandante, es menester acudir a los siguientes preceptos normativos que regulan la materia:

i) Los artículos 48, 53, 335¹⁹ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1²⁰, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3º del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994²¹; iv) Decreto 692 de 1994; v) El Decreto 663 de 1993, cuyo artículo 72 en su literal f) adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas²² para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994²³.

¹⁷ 01PrimerInstancia, 02ExpedienteDigitalizado, pág. 16

¹⁸ 01PrimerInstancia, ExpedienteDigitalizado, Pág. 133/135

¹⁹ Las actividades que desarrollan las AFP al tenor del **artículo 335 de la CN.**, son de interés público y su ejercicio está reglamentado por la ley, en razón de la función que desempeñan.

²⁰ Consagró el artículo primero de esa ley 100, como objeto del aludido sistema: *garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad “para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan.”*

²¹ Conforme al **artículo 4** y demás normas concordantes del **Decreto 656 de 1994**, las administradoras se sitúan en el ámbito de la **responsabilidad profesional**, que **las obliga a prestar de manera eficiente, eficaz y oportuna los servicios** inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, considerados idóneos por sus conocimientos técnicos especializados y experiencia en compleja materia financiera, para garantizar derechos de sus asegurados; tal responsabilidad se mide con mayor rigor que el utilizado frente a las obligaciones entre particulares, en razón a la delegación del servicio público de seguridad social en pensiones que asumen en el RAIS, sostiene la SCL de la H. Corte Suprema

²² **Se les prohíbe: “No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”.**

²³ Norma reglamentaria de los arts. 105 y parcialmente del 287 de la ley 100 de 1993 en cuanto al régimen de promoción y de responsabilidad de las sociedades AFP. disponiendo en el inciso final del artículo 4: QUE LAS ACTUACIONES DE LOS VENDEDORES EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD OBLIGAN A LAS AFP, respecto de la cual se hubiere promovido la respectiva vinculación, es decir, comprometen la responsabilidad de

Adicionalmente es pertinente hacer un breve recuento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que estructura el tema, y está contenida en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021, basada en la necesidad de determinar si en cada asunto concreto, la AFP receptora de la afiliación satisfizo tanto para ese momento, como durante la vigencia de la relación con quien demanda la ineficacia, la obligación consagrada en el numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación, de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen”*. No pudiéndose predicar como sostiene la pasiva, ni la Superintendencia Financiera que, la existencia del deber de asesoría, sólo se originó desde la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Advierte esa alta Corporación de Justicia sobre la necesidad de que la decisión del traslado de Régimen esté precedida de toda información relevante que el Fondo de pensiones proporcione a quien pretenda afiliarse, la cual, debe ser suficiente, completa y clara sobre las implicaciones que le conllevaría dejar el anterior Régimen y sus posibles consecuencias futuras. Pues, conforme al Estatuto Financiero de la época en los Artículos 97 y siguientes, consagró que las administradas debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, los siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, por ser determinante en ello, la falta de información al afiliado.

Múltiples Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín han considerado que, si bien los casos concretos abordados por la H. Corte Suprema de Justicia, refieren a personas que fueron beneficiarias del régimen de transición pensional consagrado en el art. 36 de la Ley 100/93, su *ratio decidendi* aplica para quienes se afilian al Sistema Pensional por primera vez o se trasladan entre regímenes en el marco del mismo, enfatizando en la necesidad de demostrar en cada proceso si la AFP suministró, a quien

éstas como establece su art. 10 y precisa en el art. 12 que tales promotores deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante la vinculación, y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

una vez fuera su potencial afiliado, *información clara, completa, suficiente*, en términos de transparencia y eficiencia, a fin de poder concluirse que la decisión adoptada entonces, obedeció a un conocimiento diáfano y preciso, no sólo de lo que se hacía, sino de las consecuencias que se derivarían de la suscripción del formulario de afiliación correspondiente y que por tanto, ese acto jurídico surgió de una real manifestación de voluntad, libre, espontánea y sin presiones.

Lo anterior, tal y como reitera la CSJ en sentencias SL 1688-2019 y 373 de 2020, que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada, ello, indiferentemente de si se tiene o no beneficio transicional o si se está próximo a adquirir requisitos para pensionarse, “*dado que la omisión al deber de información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado.*”

Por estas razones, la suscripción del formulario como prueba de la libre, voluntaria e informada manifestación de voluntad del afiliado al momento del traslado, no constituye una razón atendible para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a la Administradora, menos aún, en asuntos como el presente, en los que no se discute la capacidad jurídica de los celebrantes, ni la licitud de los traslados; se atiende es al hecho de haberse dado el traslado de régimen pensional ya que el mismo estaba precedido de la satisfacción del cumplimiento del deber de información por parte de la administradora que captó al afiliado, quien, según sus dichos al absolver el interrogatorio de parte, escuchó de la asesora que dicho fondo era mejor, que podría pensionarse a la edad que quisiera y con un salario más alto.

Sobre la carga dinámica de la prueba ha de indicarse que ésta se radica en cabeza de las AFP que a través de sus agentes propiciaron el traslado de régimen del asegurado, tal y como se aprecia en la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es la AFP a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, al hallarse en mejor posición de ilustrarlo, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado, además, de estar facultado el fallador por el **artículo 167 del Código General del Proceso**, para distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos de convicción tendientes a esclarecer el objeto del litigio y en asuntos como el que hoy nos ocupa, sin duda quien debe cumplir dicha carga es la AFP del RAIS, por cuanto: **i) Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, así como la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, y la que se le haya 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; **ii) Conoce y posee los datos de ubicación y preparación que recibió el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y posibilitó que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Ahora bien, es menester referirnos a los precedentes sobre la ineficacia de traslado pretendida por quienes ya se encuentran disfrutando de pensión en el RAIS, en especial el pronunciamiento de **la Sala Especializada de la Sala Laboral de Decisión** de esta Corporación del 14 de agosto de 2019, en marco del proceso ordinario laboral promovido por el señor Luis Alfonso Galvis Torres contra Colfondos, Colpensiones y la Compañía de Seguros Bolívar S.A. bajo radicado único nacional 05001 31 05 007 2015 01295 01, quien pretendió la declaratoria de ineficacia del traslado realizado a la AFP Colfondos S.A.

después de estar disfrutando mesada pensional en dicho régimen en modalidad de renta vitalicia, en dicho asunto se indicó:

“Este universo fáctico descrito por la Corte no incluye a los pensionados, pues aunque una de las sentencias fundadoras de esta línea trató de un pensionado que se trasladó a PORVENIR, se trata de un caso disanalógico, no inscrito en el precedente, por cuanto se trataba de una persona expresamente excluida del régimen de ahorro individual, al tener más de 55 años a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral, estando inmerso en el contenido del ordinal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993.

(...)

Pero las calidades de afiliado y pensionado ya han sido deslindadas por la Corte Constitucional, precisamente en un fallo con un claro enfoque consecuencialista. Al examinar la exequibilidad del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, que limitaba la posibilidad de los pensionados de trasladarse entre administradoras, la Corte arguyó lo que se esbozará enseguida. Esta es la disposición

(...)

El Tribunal constitucional profirió la sentencia C-841 de 2003, en la cual abordó dos problemas jurídicos, a saber:

- 1. ¿Es contrario al principio de igualdad que se permita a los afiliados, pero no a los pensionados, trasladarse entre administradoras de pensiones?*
- 2. ¿Vulnera el derecho a la seguridad social de los pensionados que se les impida escoger la entidad administradora de pensiones o plan de capitalización que les resulte mejor administrativa o financieramente, siendo ya pensionados?*

La Corte, ante la acusación de que la norma contenía un trato discriminatorio, realizó el correspondiente test de igualdad, entendiendo que:

...la Constitución atribuyó al legislador la función de configurar el sistema de pensiones, y le otorgó un margen amplio para hacerlo, a fin de garantizar que el sistema cuente con los “medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante,” y su prestación se haga de conformidad con los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, conforme al artículo 48 de la Carta.

(...)

Halló también que el medio elegido por el legislador resultaba idóneo para el logro de los fines perseguidos, pues permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado.

La pregunta que lógicamente ha de plantearse este Tribunal es si la prohibición de movilidad para pensionados que el legislador estableció y la Corte Constitucional prohijó,

en el caso citado para trasegar dentro del régimen de ahorro individual, no tendrá aún mayor entidad para los asuntos como en el de la ineficacia, donde la orden que finalmente contienen nuestras sentencias es la de inscribir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Esto es, mutar su régimen pensional.

La prohibición de traslado para quienes les faltaren menos de diez años para pensionarse, introducida en la ley 100 por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, también fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, con consideraciones que si bien se referían a una norma posterior, reafirman la pertinencia de esas limitaciones a la movilidad entre regímenes. Como en el caso de la C-841 de 2003, la norma aquí demandada también superó el test de proporcionalidad y abundaron en ella motivaciones claramente consecuencialistas.

Este párrafo abunda en estas últimas:

(...)

Nada nos impide, pues todos los jueces al fin de cuentas somos jueces constitucionales, situarnos en esa perspectiva y entender con McCormick que ante dos soluciones igualmente “consistentes y coherentes”, se opte por la que menos impacto negativo genere en el sistema. Y resulta una verdad incontestable que una declaratoria masiva de ineficacias de la afiliación de pensionados en el régimen de ahorro individual y el correspondiente traslado COLPENSIONES, generaría una suerte de tsunami financiero (e incluso administrativo) sobre todo el sistema pensional, sobre el Estado mismo, garante final de su subsistencia. Y sobre cada colombiano.

Es plausible que la diferenciación de las calidades de afiliado y pensionado a partir de los argumentos que se han expuesto y de toda la legislación que claramente los diferencia, verbi gratia, los artículos 13, literales b), e) y d), 87, 115 y 117 de la Ley 100 de 1993, permita apartarse del precedente de la Sala Laboral de la Corte sobre ineficacia de la afiliación, entendiendo que se está ante universo fáctico diverso cuando se trata de ciudadanos que ya se han pensionado.” (Resaltos fuera de texto).

En aclaración de voto del H. Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán en sentencia **SL1452-2019, Radicación 68.852**, realizó una diferenciación entre afiliado y pensionado, al indicar que frente al ejercicio de la acción de nulidad o ineficacia del acto de traslado “deberá diferenciarse cuando se está en cabeza del afiliado, pues quien haya alcanzado el derecho pensional, no solo habrá saneado con su ratificación de obtener la pensión cualquier deficiencia en los actos jurídicos anteriores, sino que ya tiene un estatus y derecho consolidado que le habilitan acciones diferentes a las del afiliado”.

Pues bien, en pronunciamiento la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en **sentencia SL373 de febrero de 2021**, resuelve negativamente al cuestionamiento sobre la viabilidad, -en el marco de ineficacia de la afiliación-, que un pensionado en el RAIS, vuelva al mismo estado en que se encontraba antes de su traslado en el RPM, para concluir ello señaló:

*“(...) si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)²⁴, **lo cierto es que la calidad***

²⁴ SL1688-2019, SL3464-2019

de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque **ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.** Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono. (...)” (negritas y resaltos fuera de texto).

De esta manera, concluye en que dichas situaciones son suficientes para demostrar que la calidad de pensionado conlleva una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, y revertirlos afecta no solo derechos, deberes y relaciones jurídicas de múltiples intervinientes del sistema pensional, sino que también implica un impacto financiero desfavorable al mismo.

Y por ello, el órgano de cierre en la materia recoge el criterio adoptado en sentencia primigenia con Radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, donde bajo la figura de

nulidad de traslado, ordenó el traslado del allí demandante con calidad pensionado en el RAIS con destino hacia Colpensiones.

Es importante indicar, que en la providencia en cita la Alta Corporación dio paso a la posibilidad de que el pensionado que se considere afectado en su derecho en virtud del incumplimiento al deber de información por parte de la administradora de fondo de pensiones pretenda de ésta la indemnización de los perjuicios sufridos en la cuantía de su pensión.

Expuesto lo anterior, es menester advertir que, con anterioridad a esta decisión, empero a la adopción de la postura mayoritaria de la Sala Especializada en la Sentencia de Unificación ya citada, se han acompañado, providencias con ponencia del Magistrado Diego Fernando Salas Rondón, donde se pretendió la declaratoria de ineficacia de traslado por parte de pensionados en el RAIS²⁵, pero con aclaración de voto por las siguientes particularidades:

En los procesos bajo radicados 05001 31 05 012 2013 01050 01 del 23 de septiembre de 2020, 05001 310 05 016 2016 00850 02 del 4 de noviembre de 2020 y 05001 31 016 2016 00926 01 del 10 de febrero de 2021, por evidenciar en las circunstancias fácticas de los allí demandantes un acto de gravísima negligencia por parte de las AFP demandadas, al no haber informado a estos, previo traslado al RAIS, en el primero de los casos que solo le faltaban 16,14 semanas para completar las 1.000 exigidas en el RPM, en el segundo que, solo le faltaban 3 semanas para arribar a las 1.000 semanas exigidas en el RPM, y el último caso en que, siendo el actor beneficiario del régimen de transición, con la sumatoria de tiempos públicos sin cotización y las cotizadas al ISS reunía 700 semanas, solo requería de 328 semanas para alcanzar las exigidas para acceder a la pensión de vejez bajo Ley 71 de 1988.

En tal virtud, la Sala adopta la reciente postura de la Alta Corporación expuesta en **la Sentencia 373 de 2021**, -en la que además abandona expresamente el criterio de la Sentencia con Rad. 31989 de 2008-, y recoge la que en contrario se hubiere emitido dentro de otro proceso, por parte de esta Sala de Decisión Laboral, por ser de obligatorio cumplimiento al tratarse de precedente vertical en la materia y estimar que contiene la interpretación más acertada sobre estos asuntos donde la solicitud y reconocimiento de pensión de vejez en el RAIS, **implica un acto jurídico consolidado, y una serie de actos donde intervienen terceros de buena fe, indiferentemente de la modalidad pensional acogida por el pensionado e inclusive en aquellos casos en que se otorgue Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, valga resaltar, sin perjuicio de la facultad que tienen los demandantes de acudir a la reparación de los perjuicios que consideren ocasionados en razón del incumplimiento al deber de información por parte de las administradoras de los fondos pensionales del RAIS, que deriven en la diferencia en disfavor de la mesada pensional.

En consonancia, se aborda el sublite, y se verifica mediante la prueba documental allegada que, la demandante no fue beneficiaria del régimen de transición pensional, por lo que, al 1 de abril de 1994, no tenía 35 años de edad, ni 15 o más años de servicios y/o cotizaciones; del formulario de afiliación con destino al RAIS, se desprende que la actora se trasladó al RAIS a través de Protección S.A., a partir del 1° de enero del año 2001²⁶, mediante comunicado del 01 de junio de 2018 a la demandante se le notifica que cumple

²⁵. Pág.30

²⁶ 01PrimeraInstancia, 02ExpedienteDigitalizado, pág. 26

con los requisitos para el reconocimiento de pensión de vejez por garantía de pensión mínima²⁷, mediante la resolución N° 17783 del 21 de marzo de 2018 se ordena la emisión de los cupones a cargo de la Nación²⁸, siendo emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la resolución N° 24775 de 2021 mediante la cual se reconoce a la demandante el beneficio de Garantía de Pensión Mínima²⁹, y mediante comunicación del 02 de junio de 2021 se le informa el reconocimiento de la pensión de vejez por garantía de pensión mínima a razón de 13 mesadas al año a partir del 01 de junio de 2021³⁰.

En el sub judice, se practicó interrogatorio de parte a la demandante, la cual indicó que se trasladó en virtud de la asesoría recibida en su lugar de trabajo, en la cual se le aseguró que le sería más beneficioso afiliarse a la AFP PROTECCIÓN S.A., en tanto el ISS se iba a acabar perdiendo todos sus beneficios, además de que en dicho fondo podría pensionarse a la edad que quisiera, con un salario más alto y que en caso de fallecer su esposo e hijos podrían heredar la pensión, beneficio que no le otorgaría el Seguro.

En este caso, la AFP Protección S.A., como encargada de tramitar el traslado de régimen pensional, estaba llamada a demostrar que ese traslado no se vio afectado en su eficacia por haberle suministrado la información suficiente, clara, completa a la entonces potencial afiliada, sin embargo no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar a la hoy demandante una oportuna información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales; ni sobre los beneficios e inconvenientes que le generaría el suscribirse a un régimen o a otro, y en general, las consecuencias del tal afiliación, entre ellas, las modalidades de la pensión, el capital necesario para acceder a la pensión de vejez de manera ordinaria, o anticipada, los componentes y variables para establecer el monto de la prestación económica en el RAIS y su comparativo en el RPM, los requisitos para heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecimiento, el derecho de retracto, las implicaciones de la negociación anticipada del bono pensional, la posibilidad e incluso la necesidad de hacer cotizaciones adicionales, para obtener la prestación de vejez en el RAIS, entre otros aspectos relevantes, para generar en el posible afiliado, verdadero consentimiento plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones, y ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien ha aclarado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Y si bien lo anterior, en principio, permite concluir que la pasiva no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar a la hoy demandante una oportuna información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales, lo cierto es que, **al haber solicitado y obtenido la actora su reconocimiento de pensión mínima de vejez con posterioridad a la sentencia de primera instancia, y ostentar actualmente la calidad de pensionada en el RAIS, bajo la garantía de pensión mínima desde el año 2021 ante este hecho sobreveniente** procede acoger esta Sala el criterio adoptado por la Sala Especializada de la Sala Laboral de Decisión de esta Corporación, así como lo dilucidado en precedente citado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, **no es posible acceder a la ineficacia de la afiliación** por el incumplimiento de las mencionadas obligaciones, al configurarse tras su reconocimiento rogado, una serie de actuaciones en que han participado distintos actores del sistema y terceros de buena fe,

²⁷ 01SegundaInstancia, 10RespuestaDemandante, pág. 4/12

²⁸ 01SegundaInstancia, 10RespuestaProtección, pág. 34/52

²⁹ 01SegundaInstancia, 10RespuestaProtección, pág. 5/23

³⁰ 01SegundaInstancia, 10RespuestaProtección, pág. 24/33

como en este caso se efectuó, al asumir el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el capital necesario para la garantía de pensión mínima concedida, lo que indefectiblemente conllevaría un impacto negativo al sistema pensional colombiano y a situaciones insostenibles para éste, y que no permiten acoger favorablemente sus argumentos.

Por las motivaciones expuestas, se **confirmar** la sentencia conocida en grado jurisdiccional de consulta, pero por las razones expuestas en esta providencia.

III. EXCEPCIONES

Las excepciones formuladas por la pasiva han quedado implícitamente resueltas.

IV. COSTAS

Sin costas en esta sede por haberse conocido en grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR por lo aquí analizado la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín el 15 de noviembre de 2017, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por la señora GUDIELA AMPARO MONSALVE ATEHORTUA contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A., pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta sede.

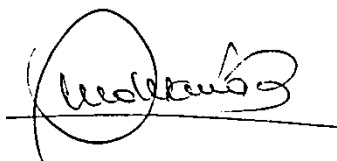
Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN