

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El dos (02) de marzo de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **CESAR AUGUSTO RAMÍREZ GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-021-2019-0059-01.

### AUTO

De conformidad con el memorial radicado en esta instancia, en el cual el apoderado del actor JAIME HUMBERTO SALAZAR BOTERO renuncia al poder y a la vez el demandante le confiere poder al abogado SERGIO ALBERTO SUAZA QUINTERO, se ACEPTA la referida renuncia al poder, y se procede a reconocer personería para actuar como apoderado del demandante, al abogado SERGIO ALBERTO SUAZA QUINTERO, portadora de la T.P. 162.317 del C.S de la judicatura, en los términos del memorial citado.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

#### 1. ANTECEDENTES:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones, y como consecuencia se

condene a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez con los intereses moratorios o indexación.

Igualmente solicita el actor que se condene a PROTECCIÓN S.A., a título de perjuicios morales y materiales en su arista de lucro cesante al valor de las mesadas pensionales que ha dejado de recibir desde que cumplió los requisitos para la pensión y por daños emergente el valor de los honorarios pagados al mandatario judicial.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata el actor que luego de entrada en vigencia el sistema general de pensiones articulado por la Ley 100 de 1993, fue visitado por un promotor de BBVA HORIZONTES hoy PORVENIR S.A., cuando se encontraba laborando para CENICAFE, quien le informó que se podía pensionar antes de la edad e incluso la mesada pensional sería superior a la que le correspondería en el ISS, que la pensión era heredable y que el Seguro Social se iba a acabar.

Afirma que posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A., sin recibir información adicional, simplemente reiterándose sobre la posibilidad de pensionarse antes de la edad y con una mesada pensional más alta.

Aduce que finalmente se trasladó a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., sin que tampoco le precediera una información diferente o adicional a la suministrada en su momento por BBVA HORIZONTE y posteriormente por PORVENIR S.A.

Manifiesta que al momento de afiliación al RAIS no se le explicó que la pensión era por capital, no le indicaron los requisitos para obtener una pensión anticipada, ni sobre la garantía de pensión mínima, tampoco cuando procedía la devolución de aportes, no le hablaron sobre aportes voluntarios y la finalidad de los mismos, ni del bono pensional, fecha de redención y qué pasaría en el caso de una negociación anticipada del mismo, no le hablaron del derecho al retracto, ni del riesgo financiero, no se le advirtió sobre tiempo mínimo de permanencia ni el tiempo prudencial para trasladarse al ISS si así lo deseaba, no se le hizo un comparativo entre la AFP y el Seguro Social, no le indicaron los factores que influyen para establecer el monto de la pensión como la expectativa de vida propia y de los beneficiarios.

Expresa que, ni BBVA HORIZONTE, ni PORVENIR y mucho menos SANTANDER, le brindaron ni en la antesala de la afiliación, ni durante la misma información adecuada, suficiente, clara, comprensible, oportuna y cierta para su traslado, donde se objetivaran las ventajas y desventajas de ambos regímenes existentes, lo cual no le permitió

dimensionar la trascendencia de su decisión en un tema tan neurálgico y sensible como la seguridad social.

Expresa que a la fecha tiene 63 años de edad, en tanto nació el 26 de junio de 1955 y cuenta con más de 1.877,86 semanas cotizadas de acuerdo con la historial laboral que se aporta con la demanda.

Cuenta que le solicitó a PROTECCIÓN proyectara la mesada pensional, y mediante comunicado de la misma fecha se le realizó la misma en los siguientes términos: "usted cuenta con un proceso de pensión ante este fondo el cual se encuentra finalizado, en el momos (sic) se logró establecer que a la fecha usted cuenta con un beneficio pensional por valor de \$2.970.228. ."; tal como consta en el comunicado de junio 28 de 2018.

Aduce que con base en los salarios reportados en el bono e historia laboral del RAIS liquidada la mesada pensional con base en la normatividad dispuesta en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida la mesada pensional a 2018 ascendería a \$4.167.123 atendiendo a un IBL de \$5.376.932 y una tasa de reemplazo del 77.5%, lo cual denota la grave afectación a la libre selección de régimen íntimamente ligado al derecho fundamental de la seguridad social y al núcleo esencial que incorpora como el mínimo vital y la vida en condiciones dignas. Amén de irrogársele perjuicios materiales, en su arista de lucro cesante y emergente, en tanto el actor debería estar disfrutando de su pensión desde su status que lo fue el 26 DE JUNIO DE 2017, fecha para la cual cumplió los 62 años de edad y reunió a cabalidad la densidad mínima de semanas requeridas por ley, además de verse abocada a ejercitar la jurisdicción a través de mandatario judicial a efectos de que se le restablezcan sus caros derechos quebrantados.

Relata que, a raíz de no pensionarse a los 55 años de edad, se irrogó un grave perjuicio, que le ha causado gran aflicción, tristeza y preocupación, además de tener que contratar los servicios profesionales de un abogado para procurar el restablecimiento de sus derechos, generados con el traslado al RAIS por la fractura al consentimiento informado íntimamente ligado a libre selección de régimen.

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La oficina judicial de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS,

declarando la afiliación sin solución de continuidad en el RPM, y en consecuencia dispuso:

Ordenar a PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES, y a esta a recibir, los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros.

Condenar a PORVENIR S.A., a trasladar ante COLPENSIONES, las cuotas de administración, y las sumas del seguro previsional, descontadas de los aportes realizados en favor del demandante, durante todo el tiempo que este estuvo afiliado en el RAIS, incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP.

Declarar que el demandante causó el derecho a la pensión vitalicia de vejez, a partir del momento en que cumplió los 62 años y un mínimo de 1.300 semanas cotizadas, y que su disfrute queda suspendido hasta que acredite el retiro o desafiliación del sistema pensional.

Finalmente se declaró probada la excepción de ausencia de prueba del vicio en el consentimiento, y no probadas las demás, y se condenó en costas a PORVENIR S.A., en favor del demandante, fijando como agencias en derecho 1 smlmv.

Para declarar la referida ineficacia, sostuvo el fallador de primera instancia que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que, no obstante lo señalado en la citada línea jurisprudencial, en criterio de dicho despacho, el asunto no puede resolverse única y exclusivamente bajo los parámetros de la asesoría y buen consejo al momento previo al traslado de régimen pensional, dado que, la indebida asesoría e incluso la ausencia de asesoría por si solas, no permiten concluir de manera cierta y necesaria, la existencia de un vicio en el consentimiento o la ineficacia del traslado y mucho menos permiten presumir la existencia de perjuicios, teniendo en cuenta las circunstancias presentes al momento del traslado y no las presentes al momento de cumplir la edad pensional como lo pretende el demandante, pues lo que puede causar la situación de desmejora

en el reconocimiento de la pensión, no es la falta de información, sino situaciones posteriores que incluso en algunas oportunidades escapan al control de la AFP y del propio demandante, como por ejemplo cambios legislativos, montos de cotizaciones, numero de semanas de cotización, entre otros.

Aduce que, en ese orden de ideas, la situación del demandante debe analizarse desde parámetros objetivos y no subjetivos, consistentes en la comparación de la situación pensional en uno u otro régimen, atendiendo al valor de las posibles mesadas, para verificar si efectivamente hubo una afectación grave del derecho a la garantía de seguridad social, ello conforme a lo dispuesto en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, no tendrá lugar, en ningún caso, aplicación el sistema de seguridad social y que en su lugar se deben aplicar los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, lo cual implica a su vez la inaplicación de una norma cuando viola garantías constitucionales o derechos fundamentales.

Advera que en el caso del demandante hay una proyección de la mesada pensional elaborada por PROTECCIÓN S.A. el 18 de octubre de 2018 que obra a folios 32 a 35 en la que la pensión en el RAIS a los 64 años asciende a \$2.970.228, en tanto en el RPM, sería \$4.145.223, es decir una diferencia de \$1.174.995 que equivale al 39.56%, por lo que no cabe duda que una diferencia tan gigantesca entre uno y otro régimen representa una afectación gravísima del derecho a la seguridad social del demandante por lo que se declarará la ineficacia de traslado de régimen del demandante.

Adujo el juez que, respecto de las cuotas de administración y los seguros previsionales, los rendimientos financieros de las cotizaciones compensaron tales conceptos, porque si los cubren y se ordena su devolución se produce un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, pero como este tema ha sido objeto de revocatoria por el Tribunal, acepta el precedente vertical, pero será PORVENIR S.A. en que asuma esas consecuencias, trasladando las cuotas de administración y los seguros previsionales durante todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado al RAIS, incluido durante estuvo en PROTECCIÓN, pues esta AFP no tuvo nada que ver en la decisión de traslado del demandante.

Respecto de la pretensión de los perjuicios morales y materiales pedido por el actor en contra de PROTECCIÓN S.A., adujo el juez que no hay lugar a los mismos por cuanto, la ineficacia del traslado del demandante se genera por la falta de asesoría de

PORVENIR S.A. que fue la AFP en la que se produjo el traslado del actor al RAIS, y por ello PROTECCIÓN S.A. no causó ningún perjuicio al actor que esté obligado a indemnizar.

Seguidamente, el juez no condenó a COLPENSIONES a reconocer al actor la pensión de vejez, por cumplir todos los requisitos legales, sin embargo, el disfrute está condicionado a cumplir el requisito de retiro o desafiliación del sistema conforme la Art. 35 del Decreto 758 de 1990.

Finalmente se condenó en costas a PORVENIR S.A., en favor del demandante, fijando como agencias en derecho 1 smlmv, aduciendo le juez que tal condena se produce solo respecto de esta AFP por haber sido en la que se produjo el traslado de régimen pensional del actor.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

La sentencia fue apelada por el apoderado del demandante, de PORVENIR S.A., y de COLPENSIONES.

#### **APELACIÓN DEL DEMANDANTE.**

solicitándole al Tribunal que se modifique o revoque parcialmente la sentencia proferida, argumentado que el juez en la carga argumentativa PROTECCIÓN no incurrió en alguna conducta que ameritara imponerle los perjuicios que se están reclamando, sino también liberarla de trasladar las cuotas de administración, los seguros previsionales y los aportes al fondo de solidaridad pensional, desconociendo que PROTECCIÓN y los demás fondos tiene el deber de reintegrar los dineros que fueron percibidos durante el tiempo de permanencia del afiliado, pues las inversiones que relazaron los fondos de pensiones para obtener rendimientos, no es argumento para liberarlos del deber de reintegra esos dineros, pues la jurisprudencia impone el deber de reintegrar todos los dineros.

Que solicita que también se impongan los perjuicios que se están reclamando, pues está demostrado como lo dijo el señor juez, con fundamento en el Art. 272 de la ley 100 que hay ausencia de una lesión al consentimiento, sino al menoscabo de los derechos del actor, materializados en la diferencia pensional, teniendo en cuenta que el Art. 13 de la ley 100 de 1993 remite al art. 271 para decir que cuando al afiliado se desconozca en cualquier caso la libre selección de régimen la única consecuencia

jurídica es la ineficacia de la afiliación lo cual se tiene que armonizar con el Art. 272 que dice que no tendrá aplicación en ningún caso, las normas de la seguridad social por lo que acoge el argumento del juez que es una suerte de inaplicación de todo el ordenamiento jurídico que integra el sistema de seguridad social, lo cual está en consonancia con el Art. 53 superior porque el Art. 272 elevó a norma positiva los principios del Art. 53 que establece que ninguna ley tendrá aplicación cuando se menoscabe los derechos del trabajador, por lo que al haber ese menoscabo la consecuencia es la ineficacia, por lo que solicita que se declare que la demandante sí se le lesionó ese consentimiento informado

Que también solicita se condene en costas a PROTECCIÓN por haber hecho una defensa férrea de las pretensiones y además teniendo de vista que el demandante se pasó en el año 2001, fecha para la cual tenía más del ochenta por ciento de las semanas y al pasarse si hubiese estado bien asesorado por PROTECCIÓN con una información clara y oportuna no estuviéramos en este proceso pues el demandante se pudo haber trasladado antes de cumplir los cincuenta y dos años, porque son los fondos los que tiene el deber de cuidado.

Que solicita que al demandante se le reconozca la pensión a partir de la última cotización y que se diga que esa pensión debe ser reconocida de manera indexada.

#### **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

Manifiesta que presenta recurso de apelación específicamente respecto del numeral tercero de la parte resolutive relativo a la condena a PORVENIR a reintegrar a COLPENSIONES los valores descontados por cuotas de administración y seguros previsionales durante todo el tiempo que estuvo el demandante en el RAIS, aduciendo que conforme la Art. 20 de la Ley 100 de 1993 modificad por el Art. 7 de la Le 797 de 2003 indica que los fondos de pensiones deberán realizar los descuentos a los aportes de cuotas de administración y seguros previsionales los que no podrán conjugarse con los valores de la cuenta individual, pues los referidos valores tiene una destinación diferente y por ello no se utilizan para pagar ningún tipo de prestación, sin para generar rendimiento en favor del afiliado, y además estos aseguraron el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte.

Aduce que además estos valores se descuentan tanto ene le RPM como en el RAIS y que PORVENIR ejecutó la administración de los dineros de la cuenta de ahorro

individual obtenido unos rendimientos que traen como consecuencia un mayor capital de tal cuenta para la financiar de la pensión,

Expresa que el Art. 1746 del C. Civil indica que las restituciones mutuas se autorizan en el evento que el bien administrado haya sufrido detrimento, el que no se encuentra evidenciado en el entendido que las cotizaciones fueron administradas en debida forma sin depreciación del dinero depositado, sino por en contrario hubo unos rendimientos que como dijo le juez se subsumen o se compensan con los valores descontados por concepto de cuotas de administración y seguros previsionales, dineros que fueron en su totalidad reintegrados a la AFP PROTECCIÓN en el año 2001 cuando se dio la afiliación a esta AFP

Alega que ha habido en los veintiséis años, varios actores que han participado en la afiliación en el RAIS como es PROTECCIÓN por lo que tenemos que tener en cuenta que en los últimos 19 años no ha habido ningún vínculo contractual con PORVENIR, sino con PROTECCIÓN por lo que sería absolutamente desproporcional que PORVENIR tuviera que responder por esos valores en el tiempo que PROTECCIÓN se lucró de estos descuentos de las cotizaciones, porque a lo sumo se debe ordenar que los valores sean reintegrados por el tiempo que el afiliado estuvo en cada una de las AFP.

### **APELACIÓN DE COLPENSIONES.**

COLPENSIONES aduce en la apelación que conforme al art. 3 de la Ley 797 de 2003, el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando faltaren de diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Alega, que, el Art. 12 de la ley 100 de 1993 contempla la existencia de los dos regímenes de RPM y el RAIS, y para la elección de uno de ellos es perentorio atender las directrices del literal b) del Art. 13 de la Ley 100 de 1993, que básicamente consisten en una elección libre y voluntaria por el afiliado.

Aduce, que, la carga de probar un hecho la tiene quien lo alega pudiendo el juez invertir la carga de la prueba, pero la regla es que quien alega un supuesto de hecho es a quien le compete su demostración por lo que los hechos narrados en la demanda deben ser probados por este, y que exigirle a la AFP prueba distinta al formulario de afiliación, es una carga imposible de cumplir.



#### **4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:**

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados del DEMANDANTE y de COLPENSIONES allegaron escrito de alegaciones, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

##### **ALEGATOS DEL DEMANDANTE.**

Solicito, que además de confirmar la declaración de la ineficacia al violentarse el consentimiento informado al poderdante y los demás caros derechos a la seguridad social, téngase en cuenta los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación, haciendo hincapié que el retiro del sistema no se agota en la novedad del retiro del trabajador notificado por el empleador a través de la respectiva planilla. También, se materializa a través del denominado retiro tácito, esto es, con la cesación de cotizaciones. Por ello la pensión se debe reconocer a partir de la última cotización al sistema. Al respecto a en sentencia SL929-2019, Rdo 63203 M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero, la Corte, mutatis mutandi dijo:

“(…) Entonces, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como *requisito necesario* para el disfrute de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de administrar justicia, sin que ello comporte una *«transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica»* (CSJ SL56032016). En este orden y sin perjuicio de que el retiro del sistema sea una condición necesaria para el disfrute de la pensión, en la práctica esa voluntad puede manifestarse de diversas maneras y no simplemente con la prueba formal de la novedad de retiro, esto para evidenciar que sí se equivocó el juez de segunda instancia al estimar que en el proceso no había prueba suficiente para demostrar el retiro tácito del sistema, tal como a continuación se pasa a explicar: (...)”

##### **ALEGATOS DE COLPENSIONES.**

Se solicita revocar la sentencia de primera instancia, en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos en tanto que el demandante efectuó aportes al RAIS, por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de Colpensiones. La afiliación a la AFP PORVENIR y PROTECCIÓN, Se efectuó en el ejercicio legítimo del demandante del derecho a la libre escogencia del régimen pensional, según lo preceptuado en el artículo 13 en su literal b) de la Ley 100 de 1993, sin que por ello pueda predicarse la existencia de un error por vicio del consentimiento, pues su elección se hizo manifiesta al momento de solicitar la vinculación a la Administradora seleccionada.

Se señala que existe FALTA DE INTERES EN SU VIDA PENSIONAL por la parte activa, el afiliado interactúa de forma proactiva con el fondo de pensiones, como por ejemplo al realizar cotizaciones voluntarias, o usando las diferentes modalidades para el uso de los ahorros que ofrecen estos fondos, pueden alcanzar por ejemplo la pensión más temprana edad, ya que este régimen les permite incrementar sus saldos en la cuenta de ahorro individual que les permitirá luego financiar su pensión estos son algunos beneficios que tiene el régimen de ahorro individual sobre el régimen de prima media, que dan lugar a considerar que es un régimen benévolo con sus afiliados, de una selección voluntaria y libre en busca de un mayor enriquecimiento económico de acuerdo al mercado de valores u optimización en el tiempo de adquirir la pensión.

Frente a la inversión de la carga de la prueba se debe señalar que La afiliación y/o traslado de régimen del afiliado, ocurrió estando en vigencia el Decreto Ley 663 del 02 de abril de 1993 y antes de 2009, año en el que se expide la Ley 1328 Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Por lo que para la fecha del traslado solo se exigía a las Sociedades Administradoras de Pensiones y Cesantías, atender el formulario con el lleno de los requisitos que para los efectos preveía la entonces Superintendencia Bancaria, a fin de demostrar la aceptación y consentimiento por parte de aquel (esto frente al tema de la prueba aportada y no frente a la obligatoriedad de la buena asesoría), diciendo lo anterior se tiene que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Ahora es claro que el entendimiento entre el RPM y el RAIS sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados dado que hay aspectos técnicos que los diferencian, sin embargo, esta regla no puede interpretarse como una situación universal que desplace las situaciones de cada caso particular y que además invierta la carga de la prueba sin mayor análisis que la naturaleza experta que tiene la administradora de pensiones.

Este contexto tampoco puede desconocer escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad del demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el régimen pensional. Este último aspecto ha sido por ejemplo evaluado por la corte Suprema tratándose de afiliaciones tacitas donde prevalecen las actividades, cotizaciones y movimientos financieros a lo largo de la vida laboral.

En razón de lo anterior, podemos colegir que, en lo atinente a la carga de probar los supuestos de hecho narrados en el acápite fáctico del escrito de demanda, estos deben de estar a cargo del demandante, pues la AFP cumplió con las atribuciones legales vigentes y aplicables para el momento de la afiliación de la parte actora, y en razón a los principios rectores de equidad y solidaridad, imponerle una carga adicional, más allá del formulario de afiliación, pues con ello se acentuaba el consentimiento y aceptación por el afiliado, sería una carga desproporcionada e IMPOSIBLE de cumplir.

#### **PETICIÓN ANTES DE TIEMPO**

Se tiene que existe una petición antes de tiempo frente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, solo hasta que exista una sentencia ejecutoriada que declare la ineficacia de traslado, y se trasladen los dineros a Colpensiones, es que se debe realizar dicha solicitud con la finalidad de que Colpensiones pueda realizar los respectivos estudios y llegado el caso, reconocer pensión.

#### **5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:**

A través de la presente acción judicial, el demandante pretende se declare la ineficacia de su afiliación al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad, ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y como consecuencia se condene a esta entidad a reconocerle la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición, de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

#### **6. CONSIDERACIONES:**

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación del DEMANDANTE, se consultará la sentencia en favor del mismo por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

A través de la presente acción judicial, el demandante pretende se declare la ineficacia de su afiliación al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad, ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y como consecuencia se condene a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez, con los intereses del Art. 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación.

Para resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, ha de señalarse en primer lugar que, como quiera que en el expediente obra prueba que el actor, tramitó en el RAIS en la AFP PROTECCIÓN S.A. a la que se encuentra afiliado el reconocimiento de pensión de vejez, que le fue otorgada, se hace necesario establecer si por tal circunstancia tiene la calidad de pensionado lo que conforme la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, impediría la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS ( Sentencia SL 373 de 2021, SL-2176 de 2022 entre otras)

En ilación con lo anterior, respecto de cuándo se adquiere la condición de pensionado en el RAIS, la Sala de Casación Laboral de la CSJ preciso lo síguete en la Sentencia SL1309-2021, Radicación n.º 68091 del 24 de febrero de 2021.

“La Sala, para dar respuesta a los recursos de apelación interpuestos por el promotor del litigio y las demandadas, comenzará en primer lugar por analizar las inconformidades planteadas por Colpensiones y la AFP Protección S.A. respecto de la decisión de primer grado, consistentes básicamente en que al tener el actor definida su calidad de pensionado, no puede hacer uso del derecho de retorno al régimen de prima media, pues en su criterio ello es solo para los afiliados; adicionalmente el fondo de pensiones privado, argumenta que el bono pensional fue redimido en «2009», por cumplimiento de edad, por lo que a la fecha el mismo no existe y está incorporado a la cuenta individual del demandante, sin que haya manera de anular el acto administrativo que lo reconoció.

Pues bien, conforme a las controversias planteadas, es menester analizar si el señor Luis Carlos Gaviria Echavarría tiene el status de pensionado o si continúa ostentando la calidad de afiliado, y si ello tiene incidencia para efectos de su retorno al régimen de prima media que administra Colpensiones, conservando los beneficios del régimen de transición.

Sobre este aspecto, se ha sostenido por parte de esta Sala, que para adquirir la connotación de pensionado se requiere que el asegurado haya cumplido con los requisitos que la ley establece; así para las prestaciones de prima media lo son: i) la densidad de semanas o tiempo de servicios que la normativa que rija la pensión deprecada exija, y ii) el arribo a la edad que en ella se establezca; por su parte, en el régimen de ahorro individual, conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados no requieren el haber cumplido un determinado número de años de vida, sino el acreditar que *«el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE»*.

Pero además de ello, el artículo 79 de la mencionada ley de seguridad social, establece como modalidades de pensión en el RAIS, las de a) Renta vitalicia inmediata, b) Retiro programado, y c) Retiro programado con renta vitalicia diferida, siendo necesario que el afiliado de manera libre y voluntaria y de acuerdo con su situación particular, opte previamente por alguna de estas, pues dependiendo de tal escogencia se determinará las características de su mesada pensional.

En el asunto bajo examen se tiene, que el señor Gaviria solicitó a Protección el reconocimiento de la pensión como se infiere del hecho séptimo del escrito inaugural (f. 3), a lo cual se le dio respuesta por parte de esa administradora de pensiones de manera favorable, mediante escrito del 16 de marzo de 2012 (fs. 28 a 31 y 83 a 85); sin embargo, se advierte que el actor no estuvo de acuerdo con el valor de la mesada, es decir, no aceptó la liquidación efectuada por la AFP y mucho menos se acredita que haya expresamente escogido o seleccionado una modalidad pensional, pues aun cuando ello se afirma por parte de la mencionada entidad de seguridad social en su respuesta (f. 28 y 83), dicho documento no aparece suscrito por el demandante en señal de aceptación, ni tampoco se allegó prueba alguna que así lo acreditara.

No puede perderse de vista que el artículo 2 del Decreto 1889/94, compilado por el canon 2.2.6.1.1. del Decreto Único Reglamentario 1833/16, establece que las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad *«podrán revestir cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, a opción del afiliado o sus beneficiarios, según el caso»*, de donde se infiere que para adquirir el status de pensionado al que hace referencia el precepto 64 de la Ley 100/93, debe el afiliado seleccionar la modalidad pensional, aspecto que hace parte de los trámites previos para el otorgamiento de la pensión; es decir, que esta se materializa con la escogencia de determinada modalidad, y por lo mismo no se puede desligar.

En este orden, aun cuando la AFP Protección S.A. mediante comunicado del 16 de marzo de 2012, aludió al otorgamiento de la pensión de vejez, a partir del 1 de febrero de 2012, en un monto inicial de \$1.873.682, al no estar demostrado plenamente en el informativo que el señor Gaviria Echavarría hubiese escogido previamente una modalidad pensional de las previstas en el artículo 79 de la Ley 100/93, no puede considerarse que ostente la calidad de pensionado, pues claramente se advierte de dicha misiva, que para aquella data se estaban adelantando los trámites para conceder dicha prestación y que este alcanzara ese status.

Con todo, aun si se aceptara en gracia de discusión que el asegurado seleccionó el modelo de retiro programado, lo que se insiste, no está plenamente demostrado en el informativo, debe precisarse que esa escogencia tampoco conduce a sostener ni entender que se materializó por cuanto el afiliado no suscribió el contrato de retiro programado, trámite que necesariamente debía efectuarse de manera previa para poder considerar la aceptación del demandante de tal modalidad pensional, en tanto que es en ese documento contractual donde se dan a conocer y se acuerdan las cláusulas que regirán aquella modalidad de pensión, como lo son los beneficios ofrecidos, los riesgos asumidos por el asegurado, las obligaciones de las partes, etc.

En esa medida, la inexistencia u omisión de haberse surtido o llevado a cabo dicho trámite preparatorio para obtener la prestación deprecada, conduce igualmente a sostener que el demandante no había adquirido la calidad de pensionado; es decir, este no tiene una situación jurídica consolidada, plenamente definida ni consumada que tuviese que retrotraerse (CSJ SL373-2021), de tal suerte que su status sin lugar a dudas sigue siendo el de un simple afiliado al sistema pensional.”

En el caso del demandante se encuentra que este aporta documento que le dirige la AFP PROTECCIÓN S.A., en la que se anota lo siguiente:

Protección

Bogotá, 28 de junio de 2018

Señor(a):  
CESAR AUGUSTO RAMIREZ GOMEZ  
CC 10235941  
CARRERA 11 7 A 82  
Telefono 8929584  
MANIZALES, CALDAS

Reciba un cordial saludo,

En Protección estamos con usted para guiarlo en cada paso del camino hacia la materialización de sus metas, por lo que nos complace notificarle el Reconocimiento de la Pensión de Vejez, trámite que usted realizó ante nuestra entidad.

De acuerdo al análisis efectuado para determinar el derecho a la prestación económica se informa que la fecha de reconocimiento de su prestación es 01-abr-2018.

Considerando que usted eligió la modalidad de Retiro Programado, el detalle de la prestación reconocida es:

Valor Mesada Pensional	2.970.228,00	13 mesadas por año
- Descuento 12% salud	356.427,36	Ver anexo 1 y anexo 2
- Descuento Fondo Solidaridad Pensional - FSP	0,00	Ver anexo 2- Artículo 8 Ley 797 de 2003
Valor a percibir mensualmente	2.613.800,64	
Valor Retroactivo *	8.910.683,00	01-abr-2018 - 30-jun-2018

*\*Del pago retroactivo anteriormente mencionado se le realizará el descuento del aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud del 12% dando cumplimiento a la Resolución 2388 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social.*

Para garantizar su ingreso a la nómina de pensionados, lo invitamos a consultar el Anexo 1 - Reconocimiento Pensión de Vejez en donde encontrará los pasos a seguir; Así mismo, todas las consideraciones legales para la determinación del derecho a la prestación reconocida en esta notificación en

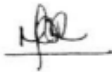
Protección

Tenga en cuenta que si en la actualidad usted tiene una relación laboral activa, informaremos del reconocimiento de ésta prestación a su empleador.

En caso de encontrarse en desacuerdo con la presente Notificación, usted cuenta con la posibilidad de presentar solicitud escrita de reconsideración a través de nuestros canales de servicio.

Agradecemos la confianza depositada en nosotros durante estos años y le reiteramos nuestro deseo de seguir acompañándolo y guiándolo en su camino.

Cordialmente,



MARIA CLAUDIA ORDOÑEZ CEBALLOS  
Director de Entrega de Servicio  
Análizo: CFLOREZ

Con la anterior comunicación no se pueda dar por probado que el actor suscribió el contrato de retiro programado, por lo que no se puede establecer que el actor tenga la condición de pensionado en el RAIS.

Dilucidado lo anterior, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a las afiliadas o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)

2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que el actor, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, según se registra en su historia laboral del ISS hoy COLPENSIONES visible a folio 64 del expediente digitalizado, se afilió a la administradora del RAIS HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el 11 de octubre de 1994, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 34 del expediente digitalizado, Posteriormente el actor se trasladó a la AFP SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 16 de marzo de 2001, conforme se anota en el formulario de afiliación a este fondo que milita a folio 40 del expediente digitalizado.

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, pues nació el 26 de junio de 1955, como se observa en la copia de su cédula de ciudadanía que obra a folio 27 del expediente digitalizado, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1996 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, en el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 13:10 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento no confiesa que la AFP PORVENIR S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta que se le haya ilustrado sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son



las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A., siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada.

Ahora, la Sala no comparte los argumentos del juez para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, la que la fundó en lo preceptuado en el Art. 272 de la Ley 100 de 1993, razonando que como tal norma establece que el sistema de integral de seguridad social no tiene aplicación cuando menoscabe los derechos de los trabajadores y que en este caso hubo un menoscabo del derecho del demandante porque la pensión de vejez en el RAIS es inferior a la que obtendría en el RPM, declara la referida ineficacia por esta razón.

La anterior interpretación del juez al el Art. 272 de la Ley 100 de 1993, daría al traste con todas la reformas que introdujo el nuevo sistema integral de seguridad social en pensiones de la ley 100 de 1993 y sus posteriores modificaciones en aquellos aspectos que menoscabe el derecho de los trabajadores afiliados al sistema pensional, valga decir solo por citar ejemplos, el aumento de semanas de cotización para acceder a la pensión de vejez, la tasa de reemplazo de la pensión de vejez, el número de años de convivencia marital para acceder a la pensión de sobrevivientes, la forma de hallar el IBL si con los últimos diez años o toda la vida laboral si resulta menos favorable que con las cotizaciones de los últimos tres años que disponía el Decreto 758 de 1990 para el caso de los afiliados al ISS, en fin con la tesis del juez se implicaría el sistema integral de seguridad social en pensiones de la ley 100 de 1993 en todo lo que haya desmejorado respecto de la normatividad que existía antes de la reforma de la ley 100 de 1993, interpretación que va en contravía de las múltiples decisiones de la Corte Constitucional al declarar exequible reformas introducidas al sistema pensional, no solo por la Ley 100 de 1993 sino por las posteriores leyes, para regular derechos pensionales, que se demandaban por considerarlas regresivas por desmejora frente a los regímenes pensionales anteriores a la ley 100.

Al respecto es muy diciente lo anotado en la sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional sobre los derechos adquiridos frente a las reformas pensionales. En la que anotó lo siguiente:

**“DERECHOS ADQUIRIDOS**-Protección de la retroactividad normativa/**DERECHOS ADQUIRIDOS**-Protección de las situaciones ya formadas y no las condiciones del ejercicio del derecho/**DERECHOS FUNDAMENTALES**-No son absolutos.

*La Constitución también protege los derechos adquiridos de la retroactividad normativa, es decir, las situaciones ya formadas y no las condiciones de ejercicio del derecho, lo cual significa que quien esté disfrutando de un derecho cuyos efectos se consolidan de manera escalonada o en un tracto sucesivo -como por ejemplo la pensión, el salario, las prestaciones sociales, una deuda diferida en plazos, los cánones de arrendamiento, etc.-, tiene su derecho amparado por la Constitución, pero los efectos que aún no se han consolidado son modificables en virtud de finalidades constitucionales y con sujeción a los límites que la propia Carta impone. De allí que, según esta tesis, las pautas para ejercer el derecho adquirido pueden cambiar, siempre y cuando la existencia del derecho permanezca indemne. Por ejemplo, en virtud de este nuevo entendimiento el monto de las próximas mesadas pensionales puede variar siempre que no se supriman, puesto que si se suprimen, ello implicaría que el derecho a la pensión ha sido revocado en desconocimiento de la protección de los derechos adquiridos. En este orden de ideas, en materia de derechos fundamentales, esta Corporación ha afirmado sostenidamente que no tienen el carácter de absolutos y que pueden ser limitados en su ejercicio por disposiciones de carácter legal.*

Así entonces, las normas del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, no pueden ser inaplicadas en este caso, so pretexto que menoscaban los derechos a la seguridad social del demandante porque el traslado de régimen pensional le implicó una disminución en el monto de la pensión de vejez.

Conforme a lo anterior, se confirmará la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PORVENIR S.A., así como los posteriores traslados realizados entre administradoras del mismo régimen, pero por las razones expuestas en esta instancia.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas a COLPENSIONES**, encuentra la Sala que, la orden impartida por el *a quo*, no se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por tal razón debe ser MODIFICADA en el sentido que se deben devolverse a Colpensiones el 100% del valor de las cotizaciones, con sus rendimientos financieros sin descuento de ninguna índole, pues contrario a lo manifestado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. en su recurso de alzada, al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la

demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*

*“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”*

Asimismo, contrario a lo manifestado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. es importante recordar que al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea

los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora en la sentencia de primera instancia, se ordenó que la devolución de las cuotas de administración y los seguros previsionales los debía realizar PORVENIR S.A. durante todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado al RAIS, incluido durante estuvo en PROTECCIÓN, pues esta AFP no tuvo nada que ver en la decisión de traslado del demandante, decisión a la que se opone el apoderado de PORVENIR S.A. en la apelación, argumentando que ha habido en los veintiséis años, varios actores que han participado en la afiliación en el RAIS como es PROTECCIÓN por lo que en los últimos 19 años no ha habido ningún vínculo contractual con PORVENIR, sino con PROTECCIÓN por lo que sería absolutamente desproporcional que PORVENIR tuviera que responder por esos valores en el tiempo que PROTECCIÓN se lucró de estos descuentos de las cotizaciones, porque a lo sumo se debe ordenar que los valores sean reintegrados por el tiempo que el afiliado estuvo en cada una de las AFP.

Respecto del anterior aspecto de la apelación de PORVENIR S.A. considera la Sala que le asiste razón a PORVENIR S.A. no tanto por lo injusto de la decisión, pues la misma luce razonable, sin embargo a juicio de la Sala la decisión del *a quo*, no la podía tomar de oficio, sino que tenía que provenir de un pedido expreso de PROTECCIÓN S.A. utilizando la figura de denuncia del pleito o llamamiento en garantía, en contra de PORVENIR S.A. par que esta AFP le respondiera por los perjuicios que se le pudieran ocasionar a PROTECCIÓN S.A. con motivo de la posible declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, a efecto que este asunto fuera debatido en el proceso, por lo que se revocará la decisión del juez sobre este aspecto, pera en su lugar declarar que PORVENIR S.A. solo debe reintegrar a COLPENSIONES los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales,

reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima durante el tiempo que el actor estuvo afiliada a esta AFP.

Como consecuencia de la declaración anterior, PROTECCIÓN S.A., deberá reintegrar a COLPENSIONES los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima durante el tiempo que el actor estuvo afiliada a esta AFP.

De otra parte, como es muy probable que el bono pensional tipo A, haya sido gestionado PROTECCIÓN S.A. y pagado a favor del demandante el importe del mismo debe ser devuelto al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y no a COLPENSIONES toda vez que al ser ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS, no se origina el derecho a bono pensional, tipo A.

Respecto de la afirmación que realiza el apoderado de COLPENSIONES en su apelación sobre la imposibilidad legal de traslado de régimen, derivada de la restricción temporal 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, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que ocurre en este caso del demandante, en el que se declara la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS, por lo que este aspecto de la apelación de COLPENSIONES no puede prosperar.

En la apelación del actor reclama que se condene a los los perjuicios que se están reclamando, que revisada la demanda son, perjuicios morales y materiales que se solicitan respecto de PROTECCIÓN S.A., respecto de los cuales adujo el juez que no hay lugar a los mismos por cuanto, la ineficacia del traslado del demandante se genera por la falta de asesoría de PORVENIR S.A. que fue la AFP en la que se produjo el traslado del actor al RAIS, y por ello PROTECCIÓN S.A. no causó ningún perjuicio al actor que esté obligado a indemnizar, argumento que encuentra acertado la Sala y respecto del cual ningún argumento en contra se esgrime en la apelación, por lo que este aspecto de la sentencia de primera instancia será confirmado, indicando exprésate que se absuelve a PROTECCIÓN S.A. de tal pretensión, pues a pesar que el a quo indicó en la parte motiva de su fallo que no había lugar a la indemnización, ninguna decisión profirió en la parte resolutive de su fallo.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

### **DE LA CONDENA AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES:**

En cuanto a la condena al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, aspecto que se revisa en esta instancia en CONSULTA de la sentencia en favor de esta entidad, debe señalarse primeramente que habiéndose declarado la ineficacia del traslado de la accionante al RAIS, el derecho que tenga el demandante a la prestación de vejez, debe analizarse con los requisitos legales del sistema general de pensiones, consagrados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la ley 797 de 2003, por no ser este beneficiario de la transición del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, norma legal que exige como requisitos para obtener la citada prestación, 62 años de edad en el caso de los hombres y 1300 semanas cotizadas.

En este caso, del actor, como quiera que nació el 26 de junio de 1955 cumplió los 62 en este mismo día y mes del año 2017 y cuenta con más de 1.877,86 semanas cotizadas de acuerdo con el historial laboral proveniente de PROTECCIÓN S.A., que obra a folios 41 a 49 del expedite digitalizado, por lo que se concluye que efectivamente, como lo sentenció el fallador de primer grado, el demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que se confirmará igualmente dicho aspecto de la decisión consultada.

No obstante, considera la Sala efectuar algunas precisiones respecto de la forma como se debe reconocer la pensión a la actora, estableciendo que el ingreso base de liquidación, se determinará conforme lo previsto en el Art. 21 de la Ley 100 de 1994, y la tasa de reemplazo conforme lo establece el Art. 34 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones del Art. 10 de la Ley 797 de 2003

Igualmente se deja definido que como quiera que la pensión reconocida a la actora se causó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de

2011, conforme a la citada norma constitucional, se reconoce con trece mesadas al año.

De otra parte, la sentencia apelada y consultada será adicionada en el sentido de disponer, que la demandante debe aportar del retroactivo que se le pague de la reliquidación pensional, el porcentaje correspondiente al aporte legal al sistema de salud, conforme la jurisprudencia de la CSL de la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL1195 de 2014, SL16844 de 2015, SL 1064 de 2018 y SL 1169 de 2019 entre otras) y la Corte Constitucional (Sentencia SU-230 de 2015 entre otras).

Ahora, respecto de la indexación que solicita el apoderado del actor en la apelación, *ella es procedente respecto* de las mesadas pensionales retroactivas a las que tenga derecho el demandante, por cuanto con esta lo que se pretende es actualizar el valor adquisitivo de la moneda envilecida por el paso de tiempo, lo que es justo y equitativo en una economía inflacionaria como la nuestra. Así, la indexación de las obligaciones jurídicas en general, obedece a la necesidad de acoplar un fenómeno económico como lo es la depreciación constante del dinero, que se genera por el simple paso del tiempo, constituyendo la indexación no una sanción, sino un mecanismo resarcitorio o restaurativo de la moneda, en tanto, no se está pagando más de lo debido, sino la misma suma causada tiempo atrás traída al valor presente, por lo que se ordenará que las mesadas pensionales sean indexadas.

La indexación, se liquidará conforme la siguiente fórmula:

$$VA = Vh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que VA (valor actualizado) es igual a la mesada pensional dejada de percibir por la demandante (Vh), multiplicada por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en el mes anterior al pago, por el índice inicial, vigente en el mes de causación de cada mesada.

Respecto del porcentaje del descuento del aporte al sistema pensional este porcentaje no se causan la indexación que se condena a pagar a favor del demandante, pues tal porcentaje no es un derecho que les corresponda al actor, sino al sistema de salud y por ello no puede causar indexación a su favor.

En la apelación del actor se solicita que se condene en costas a PROTECCIÓN S.A. por haber hecho una defensa férrea de las pretensiones y además teniendo de vista

que el demandante se pasó en el año 2001, fecha para la cual tenía más del ochenta por ciento de las semanas y al pasarse si hubiese estado bien asesorado por PROTECCIÓN con una información clara y oportuna no estuviéramos en este proceso pues el demandante se pudo haber trasladado antes de cumplir los cincuenta y dos años, porque son los fondos los que tiene el deber de cuidado.

En lo atinente al anterior asunto, esta Sala del tribunal, ha sostenido que la condena en costas en las ineficacias de traslado de régimen pensional solo es procedente respecto de la primera AFP en la que se produjo tal traslado, pues es este en el que genera la declaratoria de ineficacia, pues la afiliación a las posteriores AFP constituye un movimiento dentro del mismo régimen, la que conforme la jurisprudencia de la CSJ en nada incide para la declaratoria o no de la ineficacia.

Ahora respecto del argumento que si PROTECCIÓN S.A. hubiese asesorado al demandante con una información clara y oportuna no estuviéramos en este proceso pues el demandante se pudo haber trasladado antes de cumplir los cincuenta y dos años, no existe ninguna certeza que el actor se hubiese traslado al RPM antes de cumplir los 52 años, pues en primer lugar se desconoce si para el año 2001 que el actor se trasladó a PROTECCIÓN S.A., su pensión de vejez tendría un mayor o menor valor en el RPM que en el RAIS, pues solo se evidencia un mayor valor con las cotizaciones de los últimos diez años entre el 2008 y el 2018.

De otro lado, respecto de la solicitud del demandante en la apelación, que se le reconozca la pensión a partir de la última cotización y registra en su historia laboral que obra en la demanda, no se accede a este pedido, pues para la Sala no existe certeza que la cotización del mes de marzo de 2018 que se registra en la historia laboral, sea la última realizada por el actor al sistema pensional.

No obstante lo anterior, como el *a quo*, dispuso en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, que declaraba que el disfrute de la pensión queda suspendido hasta que acredite el retiro o desafiliación del sistema pensional, se precisará en esta instancia que tal disfrute, se materializa o desde la desafiliación expresa del sistema pensional o desde la última cotización efectuada por el demandante, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Finalmente, respecto de lo alegado por Colpensiones en los alegatos sobre una petición antes de tiempo de la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, tal petición no se puede considerar antes de tiempo, pues la condena al



pago de la pensión a COLPENSIONES representa un ahorro de gestión administrativa a esta entidad al no tener que estudiar lo referente al otorgamiento de la pensión.

En razón a las consideraciones de hecho y derecho expuestas en precedencia, se confirmará, modificará y adicionará en esta instancia la decisión del Juez *a quo* en los términos ya explicados.

COSTAS en esta instancia a favor del actor y a cargo de COLPENSIONES por haber sido vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

COSTAS en esta instancia a favor de PROTECCIÓN S.A. y a cargo del actor y por haber sido vencida en el recurso de apelación respecto del pedido de condena a esta AFP por perjuicios morales y materiales. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

## 7. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 02 de junio de 2020 proferida por el JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **CESAR AUGUSTO RAMÍREZ GÓMEZ** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** en cuanto declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, pero por las razones expuestas en esta instancia.

Se precisa que el disfrute de la pensión de vejez a favor el actor ocurre a partir del día siguiente a la última semana cotizada, o de la novedad expresa de retiro del sistema pensional y se liquidada teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

**SEGUNDO: MODIFICAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido que PROTECCIÓN S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas

con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración, incluido el porcentaje de los seguros previsionales, seguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

Así mismo PORVENIR S.A. deberá reintegrar a COLPENSIONES los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el porcentaje de las cotizaciones, que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la actora, sin descuento de ninguna índole, durante el tiempo que estuvo afiliada a estas AFP.

En el evento que el bono pensional tipo A, haya sido pagado a favor del demandante el importe del mismo debe ser devuelto al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

**TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, PRECISANDO que la misma debe ser liquidada por esta entidad conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la referida ley 100 de 1993 con las modificaciones del Art. 10 de la Ley 797 de 2003, y se pagará en el número de trece mesadas al año, descontado de cada mesada el aporte legal al sistema de salud.

**CUARTO: DECLARAR** que las mesadas pensionales retroactivas que se le deban pagar al demandante, serán indexadas conforme lo fórmula explicada en la parte motiva de este fallo de segunda instancia. Respecto del porcentaje del descuento del aporte al sistema de salud no se causa la indexación que se condena a pagar a favor del demandante.

**QUINTO: ABSOLVER** a PROTECCIÓN S.A. de la pretensión de los perjuicios perjuicios morales y materiales solicitados por el demandante.

**SEXTO: COSTAS** en esta instancia a favor del actor y a cargo de COLPENSIONES. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

COSTAS en esta instancia a favor de PROTECCIÓN S.A. y a cargo del actor. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en **EDICTO**.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

**Firmado Por:**

**Francisco Arango Torres**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jaime Alberto Aristizabal Gomez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Acosta Perez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **78973d9be693c85cf1739596a8588d7b9b47498e6d14269d1b96237cb3fd854e**

Documento generado en 02/03/2023 02:42:19 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**