

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, ocho (8) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Cumplido el traslado de que trata el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, se procede a dictar la sentencia que corresponde en este proceso ordinario de doble instancia instaurado por **EDGAR DE JESÚS SERNA MONTOYA** en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A (Radicado 05001-31-05-014-2021-00289-01).

Se RECONOCE PERSONERIA para actuar a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, a la abogada María Paula Ángel Taborda, con tarjeta profesional No. 239.242 del C.S. de la J., conforme al poder que le fue conferido.

ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de la afiliación realizada del RPM al RAIS inicialmente con Colmena, hoy Protección S.A. y posteriormente con Horizonte, hoy Porvenir S.A.; además que se declare que siempre ha estado válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones; en consecuencia se ordene a los fondos privados antes mencionados a trasladar los aportes en pensiones realizados como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el art 1746 C.C; asimismo se condene a

Colpensiones a validar los aportes en pensiones trasladados por el Porvenir S.A. y a incorporarlos a la historia laboral; además se condene a la primera a reconocer la pensión de vejez.

Para fundamentar sus pretensiones narró que nació el 13 de julio de 1962; su afiliación inicial fue al ISS, hoy Colpensiones; el 27 de febrero de 1995 fue llamado por la oficina de recursos humanos de la Universidad Tecnológica de Pereira a una reunión donde asistieron alrededor de 100 docentes, ahí les manifestaron algunas características de un nuevo régimen pensional, los asesores de Colmena S.A. le sugirieron que se afiliara en su fondo porque iba a tener una mejor pensión, podría pensionarse antes de la edad exigida por el ISS y que el RPM se iba a acabar; posterior a ello los asesores pasaron por la oficina de cada uno de los docentes para que diligenciaran el formulario de afiliación; el 6 de marzo de 2001 cambió de trabajo y al iniciar su vinculación se encontró con un asesor de Horizonte el cual les informó a varios funcionarios que se afiliaran a dicho fondo por ser uno que tenía un contacto más directo con su empleador y por ser el más sólido del mercado; antes de la afiliación al RAIS no se le realizó un estudio previo individual y concreto sobre las ventajas de desventajas que le aparejaba pertenecer o trasladarse de régimen pensional; presentó un derecho de petición a Protección S.A., la cual da respuesta indicando que no se cuenta con información por estar trasladado a Horizonte, no se cuenta con registro de la asesoría y la solicitud se debe realizarla a su fondo actual; envió otro derecho de petición a Porvenir S.A., el cual contestó que no se cuenta con soportes físicos debido a que las asesorías fueron de manera verbal y anexó los documentos solicitados; se envió otro derecho de petición a Colpensiones y la entidad rechazó el trámite; en el RPM su mesada pensional es mayor a la del RAIS.

Colpensiones como entidad demandada contestó el libelo petitorio en el cual se opuso a la totalidad de las pretensiones, en especial a condena y/o declaratoria de ineficacia de traslado, en tanto no está demostrado que existe vicio en el consentimiento, ni mucho menos menoscabo a derechos fundamentales, pues era interés del afiliado beneficiarse de todas las características del RAIS; además Colpensiones no intervino en la decisión del

traslado; asimismo no ha probado que cumple con los requisitos establecidos en el ley 100 de 1993 para pensionarse. Con respecto a hechos aceptó la edad, las semanas cotizadas, el derecho de petición enviado a su entidad y su negación, sobre los otros hechos indicó que no le constaban. Para su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe, entre otras.

Porvenir S.A. también contestó el escrito de demanda en el cual se opuso a las pretensiones declarativas y de condena propuestas, en especial a la que apunta a la ineficacia de la afiliación, en la medida que es una pretensión dirigida a Protección S.A.; sostiene que en lo que respecta al traslado horizontal, este fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se evidencia en la solicitud de vinculación, documento público en que se observa la declaración escrita a que se refiere el art 114 de la ley 100 de 1993; no se logra probar el vicio en el consentimiento que deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento. Sobre los hechos negó las semanas cotizadas y que el traslado horizontal se realizó sin información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo a la ley 100 de 1993; respecto a los demás hechos indico que no le constaban. Como excepciones de mérito propuso: prescripción, inexistencia de la obligación y buena fe, entre otras.

Protección S.A. de la misma manera que las anteriores contestó la demanda en la cual se opuso a cada una de las declaraciones en las que se involucre su fondo, en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante a Protección S.A., toda vez que es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, además que se observa del formulario de vinculación del demandante que dicho acto se realizó en forma libre y voluntaria solemnizándose de esta manera su afiliación, dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. En cuanto a los hechos aceptó su afiliación, la solicitud realizada a su fondo y su negación, negó la falta de asesoría técnica, adecuada y profesional, sobre los demás hechos manifestó que no le constaban. Propuso excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, prescripción y buena fe, entre otras.

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 10 de julio de 2023, ordenó lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor **EDGAR DE JESÚS SERNA MONTOYA**, identificado con C.C. 71.617.999 al régimen de ahorro individual con solidaridad administrados inicialmente por la sociedad Fondos de pensiones y Cesantía COLMENA hoy PROTECCION S.A., posteriormente hacia HORIZONTES Pensiones y Cesantías, hoy PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCIÓN S.A., a trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, el valor de los gastos de administración, que conlleva lo pagado de seguros previsionales y garantía de la pensión mínima, entre el 01 de marzo de 1995 al 30 de abril de 2001;

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVERNIR S.A., a trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el valor de los dineros hallados en la cuenta de ahorro individual del señor SERNA MONTOYA, incluyendo para el efecto los rendimientos financieros y las comisiones de administración, que incluyen lo pagado por seguro previsional y garantía de la pensión mínima, a partir del 01 de mayo de 2001 , hasta la actualidad.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES, que reactive la afiliación del señor SERNA MONTOYA al régimen de prima medida con prestación definida, sin solución de continuidad, e incluya en su historia laboral todas las cotizaciones sufragadas en los distintos fondos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

QUINTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que comunique, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el contenido de la decisión a LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO OFICINA DE BONOS PENSIONALES, para los efectos legales correspondientes.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas.

OCTAVO: COSTAS del proceso cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones PROTECCION S.A., y PORVENIR S.A. a favor del demandante, para cuya liquidación se fija la suma de \$1.500.000, a cargo de cada una a título de agencia en derecho.

Se ABSUELVE a COLPENSIONES de la condena en COSTAS.

Inconforme con la decisión la apoderada de Colpensiones interpone recurso de apelación de manera parcial, solicitando revocar la sentencia de primera instancia frente a la ineficacia de la afiliación, en razón de que el demandante realizó la afiliación al fondo de una manera libre y voluntaria, en esa medida solicita al Tribunal que conforme a las sentencias SL 4964 y SL4989 de 2008 en las cuales se ordena a Porvenir S.A. que además de los aportes de rendimiento se traslade los valores de los gastos de administración, aportes al fondo de garantía mínima, cuotas de seguro previsional y en general todas aquellas sumas que hayan sido descontadas o aportadas por el demandante y por consiguiente esos aportes sean indexados.

En el término pertinente, las partes presentaron sus alegaciones de segunda instancia, con argumentos semejantes a los expuestos en las etapas procesales transcurridas en primer grado.

CONSIDERACIONES

La Sala restringirá su estudio a los puntos objeto de apelación planteados por la apoderada de Colpensiones, conforme a las directrices que para el efecto traza el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, en concordancia con el artículo 35 de la Ley 712 de 2001. Aquellas condenas u órdenes impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) que no hayan sido apeladas, serán estudiadas por la vía de la consulta (art. 69 del C.P. del T. y de la S.S.).

Fuera de toda discusión por obrar plena prueba de ello en el plenario, se pudo obtener que el demandante nació el 13 de julio de 1962 (archivo 3, página 18); al inicio de su vida laboral, concretamente desde el 22 de febrero de 1989, cotizó al ISS, hoy Colpensiones, y así continuó haciéndolo hasta que se cambió de régimen pensional (archivo 7 página 45); el 27 de febrero de 1995 decidió trasladarse al RAIS por medio de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. (archivo 12, página 31), con inicio de efectividad desde el 1 de marzo de 1995 (archivo 12, página 33); el 6 de marzo de 2001 decidió cambiarse a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. (archivo 11, página 74), con inicio de efectividad desde el 1 de mayo de 2001, hasta la fecha (archivo 11, página 76).

Atendiendo a estos hechos, el problema jurídico a esclarecer en esta instancia, partiendo de lo que debe estudiarse por el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones y el grado de consulta, del contexto de los hechos y pretensiones de la demanda, y por supuesto de lo decidido, se circunscribe a determinar si el **traslado inicial** del demandante del RPM al RAIS fue o no ajustado a la ley, y en caso de que no lo hubiere sido, analizar si hay lugar o no a la devolución de aportes, rendimientos y demás ítems debidamente **indexados**. Esto implica establecer, entre otros asuntos, si la voluntad del señor **EDGAR DE JESÚS SERNA MONTOYA** al momento de trasladarse del RPM a Protección S.A. y posterior a ello a Porvenir S.A. estuvo afectada por un vicio en el consentimiento o conducta antijurídica semejante.

En primera medida, se hablará sobre la ineficacia del traslado de régimen, ítem frente al cual la apoderada de Colpensiones manifestó estar inconforme. Para estos fines, y dado el poder vinculante de la jurisprudencia de las altas Cortes, entre otras razones porque una de sus funciones esenciales es la de velar por la unidad e integridad del ordenamiento jurídico (art. 86 del CPTSS y 333 del CGP), criterio que ha destacado la Corte Constitucional en muchas de sus decisiones (véase entre otras la C 539 de 2011, C 634 de 2011, SU 774 de 2014 y SU 354 de 2017), la Sala estima del caso hacer referencia textual a algunos apartes de la sentencia dictada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia el 8 de mayo de 2019 (SL1688-2019, Rad. 68838), ratificada, entre otras, en las sentencias SL1743-2021, SL1942-2021, SL1630-2023, SL1621-2023 y SL2300-2023, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, además de una adecuada sustentación, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una debida información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba y los alcances de la ineficacia, entre otros, y que le dan respuesta razonable, de manera directa o indirecta a los distintos puntos que habrán de estudiarse en esta providencia, en especial al de determinar si las distintas decisiones del fallador de primer grado pueden o no avalarse. Sobre el deber de información, en ésta quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa.	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información.	Contenido mínimo y alcance del deber de información.
Deber de información.	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales Y autonomía personal.	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales.
Deber de información, asesoría y buen consejo.	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010.	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo.
Deber de información, asesoría, buen consejo	1748 de 2014. Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes

y asesoría.	2016.	de pensionales.	ambos régimenes
----------------	-------	--------------------	--------------------

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

No está por lo demás anotar, que el anterior criterio ha sido ratificado en innumerables providencias, siendo tal vez la más reciente la proferida el 26 de septiembre de 2023 (SL2300-2023).

Respecto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la Corte Suprema de Justicia el pasado 11 de julio de 2023 (SL1630-2023) anotó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona

en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario[...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

En lo que respecta a la carga de la prueba del deber de información, se dijo:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

De manera más detallada, en lo que tiene que ver con la carga de probar el cumplimiento del deber de información la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2300-2023 del 26 de septiembre 2023 manifestó:

En sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1467-2021 y CSJ SL1465-2021, se sostuvo que es a las AFP a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, Precisamente, en la última de las sentencias reseñadas se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo podía ser desvirtuado por la AFP mediante la prueba que acredite que sí cumplió esta obligación.

Además, no resulta razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de esa carga de la prueba en contra de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009). De ahí que, no se equivocó el a quo al concluir que la AFP no demostró el cumplimiento de su deber de información, en los términos antes señalados y vigentes para la primera de las etapas.

En cuanto a las consecuencias del deber de información, en la sentencia SL1630-2023 antes referida, la Corte Suprema de Justicia expresó:

De esta forma, como lo recordara la Sala recientemente en sentencia SL2953-2021, no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito».

Igualmente, resaltó en aquella oportunidad que el Decreto 663 de 1993 «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, dispuso en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado». Además, advirtió que la Ley 795 de 2003 «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», subrayó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Por manera que las AFP --desde su creación y entrada en funcionamiento-- tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante el suministro de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Para terminar, en lo que respecta al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho:

“Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 13 de septiembre de 2012, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en este aspecto de la ineficacia, de ahí que habrá de confirmarse este punto objeto de análisis, pues basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la

irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso, Protección S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió de haber brindado al señor **EDGAR DE JESÚS SERNA MONTOYA** en el traslado realizado a esta entidad, y al no quedar demostrado en el interrogatorio de parte, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Resultando claro lo anterior, es preciso recordar que en decisiones de esta naturaleza las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, tener como afiliación válida la inicial, es decir, la que tenía el demandante con Colpensiones y, como consecuencia, que la entidad que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual, es decir, Porvenir S.A., debe devolver a la administradora del RPMPD (Colpensiones) todas las cotizaciones a la primera, incluyendo sus rendimientos, descuentos por cuotas de administración, seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, pues solo de esta manera se entiende que el restablecimiento es completo.

Para esto dicho, sirve de sustento las razones que al respecto ha expuesto la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, v. gr. en sentencia SL1621-2023, Rad. 90295, en la cual se dijo lo siguiente:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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.

De manera más precisa, en cuanto a todos los conceptos antes anotados, en sentencia del pasado 29 de julio (SL 2877 2020, Rad. 78667), expresó:

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

En igual sentido pueden verse las SL4803-2021 (Rad. 88879) del 20 de octubre de 2021, la SL1435-2023 del 29 de mayo, la SL1570-2023 del 4 de julio (Rad. 90308) y la SL 1630-2023 (Rad. 92116) del 11 de julio de 2023, en las cuales de manera expresa y directa se hizo referencia a la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, cuotas de administración, comisiones y descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivencia.

Consecuencia entonces de lo anterior, es que la decisión de primer grado en estos aspectos deberá confirmarse, con la **adición** de que tanto Protección S.A. como Porvenir S.A. en la devolución de los puntos segundo y tercero del fallo de primera instancia deberán ceñirse a lo dispuesto en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016.

En lo que respecta al no reconocimiento de la condena de la indexación de las cuotas de administración y demás ítems, punto que objeta la apoderada de Colpensiones, se estima del caso referir algunos apartes de la sentencia SL3708-2021 del 18 de agosto de 2021, la cual trata el anterior tema. Textualmente dijo:

“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Y de manera más precisa, en sentencia del 5 de diciembre de 2022 (SL 4238-2022) esta misma Corporación, dijo lo siguiente:

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, CSJ SL5595-2021).

Consecuencia entonces de lo anterior, es que la decisión de primer grado en estos aspectos deberá confirmarse, salvo lo dispuesto en el punto segundo y tercero del fallo de primera instancia, el cual se **adiciona** que los descuentos a devolver tanto por Protección S.A. como por Porvenir S.A., se deberán realizar de manera indexada durante el periodo de tiempo que el demandante estuvo afiliado en su fondo, pues aparte de que en materia obligacional siempre se ha dispuesto que el pago debe ser completo, las decisiones de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, han sido uniformes en sostener que en estos casos este ajuste debe ser reconocido. Al respecto pueden verse, entre muchas otras, las siguientes: SL3034 del 7 de julio de 2021, SL 3571 del 4 de agosto de 2021, SL3708 del 18 de agosto de 2021,

SL3709 y SL3710 del 18 de agosto de 2021, SL3769 del 11 de agosto de 2021, SL891, SL 892 y SL896 del 23 de marzo de 2022, SL755 y SL756 del 9 de marzo de 2022, y SL1019 del 16 de marzo de 2022.

En cuanto a las excepciones de mérito propuestas por las partes opositoras, en especial las de Colpensiones, las cuales se estudian por el grado de la consulta, en general se declararán no probadas, unas por no envolver hechos extintivos o modificativos de los derechos reconocidos, entre ellas inexistencia de la obligación y otras, como la de prescripción, incluyendo en esta la que apunta a la acción de nulidad, por estar unido al derecho pensional, que se ha estimado no puede verse afectado por el mero trascurso del tiempo. Con respecto a esta última, en la sentencia inicialmente citada se anotó:

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esta vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que <<el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la **afiliación**, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión>>.*

Hay que mencionar que, así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable). En este sentido, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que el derecho a la pensión o a obtener su valor real, puede ser justiciado en todo tiempo. (CSJ SL8544-2016).


No existiendo otros ítems que resolver, al tenor del mandato vertido en el artículo 365-5 del CGP, no se hará condena en costas en esta instancia, debido a que el recurso de apelación planteado por la apoderada de Colpensiones prosperó en el acápite de la indexación.

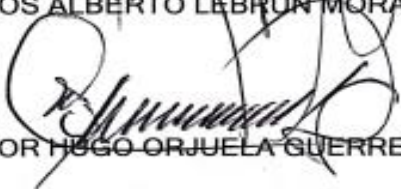
DECISIÓN


En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en los términos que queda expuesto en la parte motiva, **CONFIRMA** el fallo de primera instancia, incluido lo relativo a costas venida en apelación y grado de consulta, con la **ADICIÓN** que Protección S.A. y Porvenir S.A. deberán devolver a Colpensiones las sumas de dinero que dedujeron por concepto de cuotas de administración, seguros previsionales y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados durante el período de tiempo que el demandante estuvo afiliado en su fondo. Las restituciones dispuestas deberán ceñirse a los términos del artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016.

Sin costas en esta instancia.

Notifíquese por EDICTO.


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

**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: 050010310501420210028901
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: EDGAR DE JESÚS SERNA MONTOYA
Demandado: A.F.P. PORVENIR S.A.
M. P. CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Fecha de fallo: 8/11/2023
Decisión: CONFIRMA y ADICIONA

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 *ibídem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 9/11/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario