

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El primero (01) de diciembre 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 **HÉCTOR MARIO GABINO RESTREPO**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y la **SECRETARÍA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL DE ANTIOQUIA** tramitado bajo el radicado **No. 05001-31-05-008-2021-00225-01**.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad **GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.** quien representa judicialmente los intereses de PORVENIR S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada **KAREN SOFÍA SÁNCHEZ GONZÁLEZ**, identificada con C.C. No. **1.152.454.659** y portadora de la T.P. No. **383.959** del C.S de la J, para que represente a PORVENIR S.A en este proceso como apoderada sustituta.

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 invalido y sin efectos 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.

Consecuencialmente, se ordene a PORVENIR. S.A., proceda a desafiliar al demandante, efectuando todos los trámites necesarios para que traslade a COLPENSIONES la totalidad de los aportes o saldos de la cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos financieros, y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, esto conforme al artículo 7 del Decreto 3995 de 2.008, en concordancia con la Sentencia de Unificación 062 de 2.010.

Igualmente, solicita que se ordene a COLPENSIONES, afiliarlo al RPM, efectuando todos los trámites necesarios, con ocasión al traslado y a la devolución de saldos, para que proceda a recibir de la AFP PORVENIR S.A. la totalidad de los aportes depositados en la cuenta de ahorro individual, de acuerdo a la jurisprudencia existente.

Asimismo, pretende, se ordene a COLPENSIONES, reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, desde el mismo momento que cumplió los requisitos para pensionarse, con los intereses moratorios hasta el momento que se haga efectivo el pago, causados por el retardo en el reconocimiento y pago de la pensión, con posterioridad al 04 mes de haber solicitado el traslado de fondos o en subsidio la indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata el actor, que nació el 13 de septiembre de 1956, que se afilió por primera vez al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, desde el día 10 de junio de 1986 hasta el 30 de junio de 1995, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP PORVENIR S.A. el mes de julio de 1995.

Indica que el contrato a todas luces estuvo viciado tanto en el consentimiento, como en la causa, y debe tomarse como inválido, por cuanto con dicho traslado, perdió todos los beneficios consagrados en la Ley de Seguridad Social, es decir perdió el derecho de pensionarse con los beneficios más favorable con el promedio de los últimos 10 años, en el ISS hoy COLPENSIONES.

Arguye que, consecuencias adversas desconocidas y que no fueron advertidas en su momento por las asesoras de la entidad PORVENIR S.A., a la hora de la firma del contrato.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y condenando, en consecuencia, a la AFP PORVENIR S.A. que en virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida administrado por COLPENSIONES, devuelva a esta entidad todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, incluyendo las cuotas de administración, lo cual deberá hacer dentro del término de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Igualmente deberá devolver a la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia y dentro del mismo término de 30 días, la suma de dinero que hubiese recibido con motivo de la emisión, redención y pago del bono pensional antes referido, debidamente indexado, a favor del demandante en caso de haber sido efectivamente pagado.

Consecuencialmente, ordenó a COLPENSIONES para que permita el traslado del actor del RAIS al RPM, conservando los beneficios que tenía al momento de su traslado de régimen.

Asimismo, se ordena a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, a partir del día siguiente a la última cotización, la cual se reconocerá en virtud de lo dispuesto el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el 33 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta 13 mesadas anuales. Para la liquidación de la prestación deberá darse aplicación a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la referida Ley, autorizándose el descuento del aporte para el sistema de salud de las respectivas mesadas pensionales.

De igual manera, la entidad pública accionada reconocerá, al momento de efectuar el pago de las mesadas adeudadas, la indexación de la condena ordenada, desde la fecha en que se produjo la sentencia, hasta el momento en que se haga el pago efectivo, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional que 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 el literal b art 13 de ley 100 de 1993, se establece que la elección de cualquiera de los regímenes pensiones es libre y voluntaria de parte del afiliado, manifestando por escrito su elección al momento de vinculación o traslado. Hay múltiples sentencias de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas la SL 149 del 28 de enero de 2020 radicación 75439, en la cual se mantiene la Corte en la misma línea frente al deber de información suministrado por los fondos de pensiones como deber exigible desde su creación. Entendiéndose que estos fondos tanto públicos como privados pertenecen al régimen financiero colombiano, por tanto se rigen por el decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico Financiero, aplicable a las AFP desde su creación específicamente numeral primero del art 97 en el que se describe la obligación de las entidades de suministrar los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice, lo que se compagina con las normas del sistema de seguridad social.

Adicionalmente, en dichas sentencias se hace énfasis en la ley 328 de 2009 y decreto 2249 de 2010 respecto del deber de asesoría y buen consejo. En otra de sus providencias la alta corporación ha establecido que la escogencia del régimen pensional, que significa en ultimas, la satisfacción del derecho pensional que tiene dimensión en la seguridad social amerita escrutinio riguroso sobre las condiciones de cada afiliado y también respecto del cumplimiento de las actividades de las entidades encargadas de la administración del sistema a las cuales, si bien se les reconoce participación y lucro, por lo mismo están sujetas a verificar el cumplimiento de su labor, pues pueden lesionar garantías ya consolidadas y conforme a lo discurrido, queda claro que existirá ineficacia de la afiliación como quiera que la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas del derecho pensional del afiliado impidiendo le su acceso al derecho.

No será suficiente la simple suscripción del formulario sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder con la realidad y en los términos del art 1604 del código civil corresponde a las AFP allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados los cuales de no ser ciertos tendrán además las sanciones pecuniarias del art 271 de ley 100 del 93 y en los que debe contar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Analizadas todas y cada una de las pruebas allegadas al proceso no es claro para el despacho que la administradora a la cual al demandante se trasladó por primera vez,

así como al otro fondo de pensiones hayan cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas pero ante todo las desventajas de las consecuencias del traslado al RAIS, que hayan efectuado un estudio de su caso en particular como la conformación de su grupo familiar y la expectativa de vida de cada uno de sus miembros entre otros muchos aspectos puntuales y propios de cada persona las diferentes modalidades de pensión como tampoco podría incidir en ese monto la modalidad de pensión escogida, es decir no hubo una información sobre las ventajas pero ante todo sobre las desventajas y consecuencias del traslado al RAIS.

Para absolver interrogatorio la demandante informó que en año 1995 cuando se encontraba laborando para la gobernación de Antioquia obedeció a una promesa de aumento de salario del 15% y luego de recibir poca información, les decían pasen a tal piso a firmar el formulario respectivo, el cual firmó de manera libre y voluntaria pero sin información sobre ventajas y desventajas desea decisión, solo que esas condiciones pensionales seguirían igual, que el traslado entre administradoras se dio sin que hubiese recibido ninguna otra adicional.

En consecuencia como quiera que hubo una real falta de información y asesoría por parte de los fondos de pensiones a los cuales el demandante efectuó el traslado de régimen pensional y el traslado entre administradoras del mismo régimen, tampoco con posterioridad a esta fecha entro el límite fijado para que se pudiera afiliarse al RPM, es decir no fue acreditado a los fondos de pensiones a los cuales ha estado afiliado el actor que le hayan desplegado una labor de asesoramiento acerca de una decisión tan importante y de tanta trascendencia como es afiliarse o trasladarse a cualquiera de los regímenes pensionales tal y como lo dispone el art 71 de ley 100 de 1993, el despacho considera procedente declarar la ineficacia del traslado que le demandante hizo al RAIS a través de ING pensiones y cesantías hoy PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, teniendo en cuenta que le fue vulnerado su derecho a la libre escogencia de régimen pensional sumado a que como lo ha reiterado la sala de casación laboral de corte suprema de justicia el traslado entre AFP del mismo régimen no convalida el traslado del mismo y no obstante los actos de relacionamiento a que hace alusión la sentencia SL 3752 de septiembre de 2020, y más recientes la sentencia SL 3349 del 28 de julio de 2021, ha indicado que en la vida laboral normal de una persona es viable hacer varios traslado entre regímenes o administradoras, sin que tal traslado signifique que la administradora pueda omitir en cada ocasión el suministro de información que está obligada so pretexto de una vinculación anterior.

La comprensión de una adecuada asesoría pro parte de las AFP debe conjurar la comprensión de la información objetiva la circunstancia subjetiva de cada afiliado y asesoría externa que conlleve a la toma de mejor decisión en materia pensional.

Finalmente, condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en favor del demandante. Agencias en derecho en la suma de \$2.320.000 valor que correrá a cargo de las demandadas, a prorrata, es decir la suma de \$1.160.000.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por la apoderada de PORVENIR S.A., argumentando que, si el demandante tomó una decisión informada del fondo de pensiones, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información que estaba establecido en la normatividad legal vigente en ese momento el cual no exigía dejar constancia escritural de lo informado, pues siempre ha contado con asesores comerciales capacitados que han realizado el debido acompañamiento para las asesorías pensionales.

También téngase en cuenta que, en el interrogatorio de parte, el demandante menciona que no recuerda cómo se dio su traslado primigenio al RAIS eso porque refirió no recordaba haber estado afiliado en PROTECCIÓN S.A. razón por la cual no es posible que se exija a mi representada trasladar unos gastos de administración que también le corresponderían a dicha entidad y que por tanto debe ser objeto de estudio y análisis por parte de los magistrados.

También, se hace referencia a la devolución del bono pensional que no se ha redimido teniendo en cuenta no se han hecho los trámites para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y mucho menos que los mismos se ordene que se devuelvan de manera indexada teniendo en cuenta que eso correspondería una doble sanción en contra de mi representada.

Por último, se solicita la revocatoria de trasladar dineros descontados por conceptos de gastos de administración toda vez que PORVENIR tenía la obligación de descontar dichos recursos para la gestión y administración que realizan las AFP, avalado por la Ley 100 de 1993. De igual forma, la devolución de las primas de seguro previsional toda vez que es un dinero que canceló a un tercero asegurador para cubrir las contingencias derivadas de la invalidez y muerte del demandante durante toda la vigencia de afiliación con el fondo de pensiones.

Por último, se debe ser revocada la condena en costas a PORVENIR, toda vez que no fue el fondo primigenio por el cual se realizó el traslado pensional, además de que ha actuado de buena fe y conforme a la normatividad legal vigente.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, presentaron oportunamente escrito de alegaciones, en los cuales anotan resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

1. Declaratoria de la Ineficacia de la afiliación al RAIS. En este punto se debe anotar que, no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley pues:

1.1. Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionante al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

1.2. Adicionalmente la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, incluso realizando traslados de manera horizontales entre fondos privados, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

1.3. Por otro lado, la parte actora manifiesta que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la parte demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma en cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser

determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento.

Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño. Si lo anterior no fuera suficiente, se recuerda que, mi representada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos, como se puede extraer de la documental aportada con la contestación de la demanda.

1.4. Aunado a lo anterior, Se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora, pues esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.

1.5. Asimismo, la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.

1.6. En el presente proceso también se avizora un incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, pues ésta dentro de su interrogatorio de parte, manifestó en diferentes ocasiones, no haber realizado comparaciones con otros Fondos Pensionales, no haber hecho preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hacer uso de los diferentes canales de atención al usuario que tiene mi representada.

2. Teniendo en cuenta lo argumentado en el aparte anterior y a la validez de la afiliación, consideramos que, la condena de traslado a Colpensiones de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante consecuentemente debe ser revocada. Ahora bien, si se decidiera por parte del Honorable Tribunal dejar en

firme la ineficacia de la afiliación, se solicita no se condene al traslado de las sumas adicionales y cuotas de administración, y manera indexada el pago del bono, pues:

2.1. Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos o comisiones de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado.

2.2. Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones devolver o restituir un bien (en este caso una suma de dinero depositada) las sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo. Por si lo anterior no fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

2.3. Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

2.4. Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS. Para lo anterior, se adjunta con el presente escrito el denominado concepto.

2.5. Por último, el fallo emitido por el juez de primera instancia se condena al traslado de los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual de la parte actora en R.A.I.S., y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es en ese sentido, no es posible la condena a una indexación de los valores ordenados a trasladar, pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los aportes que se busca reponer con la indexación, el mismo se resarciría con el traslado de unos rendimientos, que en ocasión estos últimos, a los efectos de una restituciones mutuas nunca debieron existir, por lo que de hacerlo se estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada.

2.6. En la misma línea, resultaría improcedente el condenar a mi representada a trasladar hacia la Secretaría seccional de salud de Antioquia los montos correspondientes al bono pensional, ya que este se genera en virtud del traslado de régimen pensional hacia el RAIS, y dado que dicho traslado fue declarado ineficaz, además, se estaría generando una consecuencia económica sobre una entidad que no fue llamada al presente juicio, la cual es el ente emisor de ese bono pensional.

3. Condena en costas a cargo de mi representada.

En relación con la condena en costas debemos indicar que mi representada siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Las alegaciones de COLPENSIONES, apuntan a la improcedencia del reconocimiento de PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES, que no es el asunto que aquí se trata, por lo que se omitirá transcribir tales alegatos.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por el demandante. Además, se decidirá si es procedente impartir condena en costas en contra de la AFP PORVENIR S.A.

De confirmarse la decisión de declaratoria de ineficacia ante referida, se verificará si es procedente la condena en contra de COLPENSIONES de reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, y en caso afirmativo, los términos en que dicha prestación debe ser otorgada.

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 de PORVENIR S.A., se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, 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 del 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 del traslado de régimen pensional, las que se resumen de la siguiente manera:

1. 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. 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 accionante, siendo beneficiario del régimen pensional de prima media a cargo de su empleador, la SECRETARÍA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL DE ANTIOQUIA, se trasladó a la administradora del RAIS DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 29 de junio de 1995,

conforme se anota en el formulario de afiliación a dicha AFP visible a folio 33, (Documento 26 del expediente digital) y posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. el 08 de abril del 2001, acorde a lo consignado en el formulario de afiliación a dicha AFP visible a folio 31 (documento 11 del expediente digital).

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, pues para el 1º de abril de 1994, no contaba con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1995 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, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:15:50 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 35 del expediente digital), no se advierte que además de indicar que el asesor le manifestó que el ISS se iba acabar, que el fondo privado era más rentable, que iban a recibir beneficios económicos, que se podía pensionar de manera anticipada, este haya confesado que el asesor de la AFP PROTECCIÓN S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no confiesa, que se le ilustró 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, entre otros aspectos, que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, como bien lo anotó la falladora de primer grado, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa 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 dicha AFP, siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 1995 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PROTECCIÓN S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas a COLPENSIONES**, encuentra la Sala que la orden impartida por la *a quo*, no se

encuentra del todo acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia por lo que en esta instancia se precisará la decisión en el sentido, que la devolución que debe realizar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES deberá incluir el monto total de las cotizaciones, con los rendimientos financieros o intereses, es decir con las cuotas de administración, incluidos los porcentajes destinados a pago de primas de seguros previsionales y seguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y al fondo de garantía de pensión mínima, es decir, el 100% de la cotización.

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

“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 el actor 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 cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

De otra parte, en lo concerniente a la orden de la *a quo*, que el importe del bono pensional que se haya pagados a favor del demandante por parte de la SECRETARÍA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL DE ANTIOQUIA, sea reintegrado a esta entidad, tal decisión, no se ajusta derecho, pues el único bono pensional que no se causa ante la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, es el tipo A, a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo que el bono pensional por tiempos que haya laborado el trabajador en el sector público, sin cotizaciones al sistema pensional, está a cargo de la entidad en la que haya laborado, para financiar las prestaciones económicas a que tenga derecho el afiliado a cargo de COLPENSIONES, por lo que se revocará la sentencia en este sentido, para en su lugar disponer que el importe del bono pensional que eventualmente haya pagado la SECRETARÍA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL DE ANTIOQUIA, a favor del demandante, debe ser entregado a COLPENSIONES.

Ahora, respecto del argumento de la apelación de PORVENIR S.A. que la indexación del importe del bono pensional, no es procedente, considera la Sala que le asiste razón, toda vez que se entiende que el importe del mismo, se consigna en la cuenta de ahorro pensional del afiliado, y por tal razón devenga intereses, por lo que la condena a la referida indexación, será revocada.

Finalmente, frente al punto de apelación de PORVENIR S.A. respecto a las costas que le fueron impuestas, se ha de manifestar que si bien es cierto el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena que en los procesos y en las actuaciones posteriores en que haya controversia, se condenará en costas a

la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos, lo cierto es que no fue el actuar de PORVENIR S.A. el que genera la declaratoria de ineficacia del traslado, de régimen pensional, pus conforme a la jurisprudencia de la CSJ, lo que genera la ineficacia, es la omisión en la asesoría en la primera afiliación al RAIS, que en este caso, se produjo a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., por lo que a juicio de la Sala, PORVENIR S.A., no debe asumir las costas del procesales, por lo que se revocará la condena que le fue impuesta, para en su lugar abstenerse de imponerle costas.

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 del accionante al RAIS, el derecho que tenga 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 beneficiaria de la transición del Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como bien lo dejó establecido la falladora de primera instancia.

Aquella norma legal 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, el actor, al haber nacido el 30 de septiembre de 1956, como se prueba con la copia de su cédula de ciudadanía que milita a folio 5 del plenario (archivo denominado "02PoderAnexos.pdf), acredita que arribó a la edad mínima pensional de 62 años el mismo día y mes del año 2018, y además cuenta con más de **1.573** semanas entre cotizadas y tiempo público hasta el ciclo de mayo de 2021 según la historia laboral más actualizada aportada por PORVENIR S.A. con la respuesta a a demanda, visible a folios 32 a 68 (archivo denominado "11RespuestaPorvenir.pdf")

por lo que se concluye, que efectivamente, como lo sentenció la falladora de primer grado, el demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, por lo que se confirmará igualmente dicho aspecto de la decisión de primera instancia.

El disfrute de la prestación tendrá lugar a partir del día siguiente al que la demandante acredite ante Colpensiones su desafiliación del sistema pensional, bien sea tácitamente desde su última cotización, o con el retiro expreso, como lo establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el que estipula lo siguiente:

“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo,” (subrayado agregado)

En consecuencia, le asiste razón a la *a quo* al condenar a COLPENSIONES a reconocer y a pagar a la demandante la pensión de vejez, pero solo cuando se acredite el retiro definitivo o la última cotización al sistema pensional, de modo que, en este punto también se confirma la decisión de la juez de primera instancia, al igual que los parámetros fijados por esta para realizar la liquidación de la pensión en su momento.

No obstante lo anterior, se hace necesario precisar el fallo de la *a quo*, en el sentido que el derecho al disfrute de la pensión al actor le nace, desde su última cotización al sistema pensional como se indicó en la sentencia de primera instancia, siempre y cuando no se encuentre laborando en el sector público, pues en este caso, el disfrute requiere de la desvinculación del empleo público, conforme la preceptiva del Artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que reza:

“Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso.”

De otra parte, atendiendo que el ingreso base de cotización del demandante, es en un monto significativo, se adiciona la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que en el caso que la pensión de vejez que se liquide a su favor supere los diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes, deberá aportar el porcentaje para

el Fondo de Solidaridad Pensional de que trata el Art. 27 de la Le 100 de 1993, modificado por el Art. 8 de la Ley 797 de 2003.

Ahora, respecto de la INDEXACIÓN que ordenó la *a quo*, de las mesadas pensionales retroactivas a las que tenga derecho el demandante, la misma es procedente, 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.

Finalmente, se precisa que respecto del porcentaje del descuento del aporte legal al sistema de salud, que ordenó la *a quo*, y del porcentaje para el Fondo de Solidaridad Pensional, que se ordena en esta instancia si a él hay lugar, no se causa la indexación, pues la misma, deben liquidarse sobre el monto de la pensión que legalmente le pertenece al actor, que es el que en realidad dejó de percibir, y sobre el que se puede causar la devaluación monetaria que se resarce con la indexación, toda vez que si el pensionado recibe indexación sobre el porcentaje del aporte al sistema de salud, que en todo caso no habría recibido aún en el evento que la pensión hubiera sido pagada oportunamente, constituiría un enriquecimiento sin causa.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada será CONFIRMADA, PRECISADA, MODIFICADA y REVOCADA, en los términos anteriormente expuestos.

Sin costas en esta instancia, por haber prosperado parcialmente la apelación de PORVENIR S.A.

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: REVOCAR la sentencia del 19 de octubre de 2020 proferida por el JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **EDUARDO ANTONIO PULIDO PINZÓN**, contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.** y la **SECRETARÍA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL DE ANTIOQUIA**, en cuanto ordenó que, el importe del bono pensional que se haya pagados a favor del demandante por parte de la SECRETARÍA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL DE ANTIOQUIA, sea reintegrado a esta entidad, para en su lugar disponer que el importe del bono pensional que eventualmente haya pagado la SECRETARÍA SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL DE ANTIOQUIA, a favor del demandante, debe ser entregado a COLPENSIONES.

Igualmente, se REVOCAR, la condena en costas que se le impuso a PORVENIR S.A., para en su lugar abstenerse de imponerle costas a esta AFP.

En lo demás se CONFIRMA la sentencia e primera instancia, PRECISANDO que la devolución de dineros a COLPENSIONES por parte de PORVENIR S.A. debe incluir la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación del actor, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos.

Asimismo, 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, es decir el porcentaje de las cotizaciones, que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del actor, durante el tiempo que estuvo afiliado a estas AFP, sin descuento de ninguna índole.

Se adiciona la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que en el caso que la pensión de vejez que se liquide a favor del demandante supere los diez (10) salarios minios mensuales legales vigentes, deberá aportar el porcentaje para el Fondo de Solidaridad pensional de que trata el Art. 27 de la Le 100 de 1993, modificado por el Art. 8 de la Ley 797 de 2003.

Respecto del porcentaje del descuento del aporte legal al sistema de salud, que ordenó la *a quo*, y del porcentaje para el Fondo de Solidaridad Pensional, que se ordena en esta instancia si a él hay lugar, no se causa la indexación de las mesadas pensionales que se ordenó pagar a favor del demandante.

Se modifica igualmente la sentencia de primera instancia, en el sentido que el derecho al disfrute de la pensión al actor le nace, desde su última cotización al sistema pensional como se indicó en la referida sentencia, siempre y cuando no se encuentre laborando en el sector público, pues en este caso, el disfrute requiere de la desvinculación del empleo público.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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: **b85bd8569327b2a7870e42a6adbd9ca132430714bfe4caaf1c836a55113166d5**

Documento generado en 01/12/2023 03:47:28 PM

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