

**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:	05001310500220160121201
Proceso:	Ordinario
Demandante:	HERNANDO DE JESUS OSORIO VILLEGAS
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	24 DE JUNIO DE 2022
Decisión:	REVOCA

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

Se fija hoy 28 de junio de 2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	HERNANDO DE JESÚS OSORIO VILLEGAS
DEMANDADAS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A
LITISCONSORTE POR PASIVA	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-OFICINA DE BONOS PENSIONALES ¹
ORIGEN	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05- 002-2016-01212-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional de pensionado en el RAIS
CONOCIMIENTO	Consulta y apelación
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha señalada, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por los Magistrados ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del art. 13 de la Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HERNANDO DE JESÚS OSORIO VILLEGAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, PROTECCIÓN S.A y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como litisconsorte necesario por pasiva.

En atención al memorial aportado por Colpensiones² y al contenido de la escritura pública N°716 del 15 de julio de 2020 de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá, se reconoce personería para representar los intereses de Colpensiones, como apoderada principal a la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S. identificada con NIT.900.104.844-1. Asimismo, en virtud de la sustitución de poder, suscrita por Fabio Andrés Vallejo Chanci como representante legal de la firma referida, se reconoce personería a la abogada Yessica Francedy Zapata Ramírez, identificada con C.C. 1.037.612.627 y portadora de la T.P. 260.650 del C.S. de la J. para representar como apoderada sustituta los intereses de Colpensiones. En virtud de lo anterior, se entienden revocados los poderes anteriores.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda³

El señor Hernando de Jesús Osorio Villegas formula demanda contra Colpensiones y Protección S.A, pretendiendo se declare i) nula e inexistente su afiliación al RAIS por haber

¹ 02Expediente.pdf, págs 165/166. Mediante auto del 22 de enero de 2018 el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín ordenó integrar como litisconsorte necesario por pasiva a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Oficina de Bonos Pensionales, en virtud de la petición presentada por Protección S.A en su escrito de contestación de demanda.

² 07SustitucionColpensiones14102020.pdf

³ 02Expediente.pdf, págs 3/5.

existido falta de información por parte de Protección S.A. y en virtud de ello; **ii)** que las cosas vuelvan al estado inicial, declarando que se encuentra afiliado a Colpensiones como administradora del RPM; **iii)** se ordene a Protección S.A trasladar a Colpensiones los aportes de su cuenta de ahorro individual, **iv)** se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual debe ser liquidada teniendo en cuenta el IBL establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y **v)** que se reconozcan y paguen los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de la condena; **vi)** Lo probado ultra y extra petita; **vii)** costas y gastos procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 30 de mayo de 1954, inició cotizaciones al extinto Instituto de Seguros Sociales -ISS- y posteriormente el 1° de noviembre de 1997 se trasladó al RAIS a través de Protección S.A., acto que se suscribió con vicio en el consentimiento y con inducción en error, por cuanto el asesor de dicha AFP omitió brindarle una información completa y veraz sobre las diferencias de ambos regímenes pensionales, advirtiéndole únicamente beneficios para adquirir su pensión y que en caso de fallecimiento, sus aportes serían heredables.

En el ISS cotizo 820.14 semanas, y en Protección S.A. 926, que suman 1.746.14 semanas en toda su vida laboral, y visto que cumplió los 62 años de edad en el año 2016, cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003.

Oposición a las pretensiones de la demanda

Las demandadas se opusieron oportunamente a las pretensiones de la demanda, así:

i. Colpensiones⁴

Solo se opuso a una eventual condena en costas procesales, manifestando que esta entidad ha actuado bajo las exigencias que impone la ley, sin haber constreñido en ningún momento la voluntad del afiliado. Excepcionó: Prescripción, inexistencia de vicio en el consentimiento, imposibilidad de condena en costas y compensación.

ii. Protección S.A.⁵

El demandante tramitó su solicitud de traslado al RAIS con destino a Protección S.A el 24 de septiembre de 1997, en la cual declaró expresamente su voluntad de trasladarse a esta AFP y dejó constancia de que su decisión era libre, espontánea y sin presiones, decisión que fue tomada tras brindarle una asesoría completa y oportuna, y destacando además que fue el mismo señor Osorio Villegas quien solicitó a los funcionarios de Protección S.A que le realizaran una inducción con el propósito de efectuar el traslado de régimen pensional, de suerte que en el presente asunto no existió vicio alguno de nulidad ni se indujo a error al actor, toda vez que se trató de un acto celebrado entre dos personas plenamente capaces, quien además efectuó cotizaciones hasta adquirir la calidad de pensionado, sin haber intentado regresar previamente al RPM en aprovechamiento de las oportunidades legislativas. Advierte que al actor le asiste la carga de probar los hechos alegados, y al examinar la demanda no existe tan siquiera prueba sumaria que respalde las afirmaciones del demandante. Además, no parece lógico, jurídico ni equitativo que se pretenda invertir la carga de la prueba sobre hechos que ocurrieron hace más de 20 años

⁴ 02Expediente.pdf, págs 66 a 72.

⁵ 02Expediente.pdf, págs 99 a 126.

después de que se efectuó el traslado, e incluso 1 años después de haber adquirido la calidad de pensionado.

Si en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que el traslado del señor Osorio Villegas fue ineficaz por existir vicios en el consentimiento, de tenerse en cuenta la que operó la prescripción al tenor de lo establecido en el artículo 1750 del Código Civil, y que de acceder a lo pretendido el actor debe devolver debidamente indexadas todas y cada una de las mesada pensionales recibidas, en ese evento no procederá el traslado del bono pensional y por el contrario se deberá anular y trasladar los recursos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, so pena de generar un detrimento económico al Estado y en favor de Colpensiones.

Excepcionó como previa la de Falta de integración de la litis por pasiva con la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos Pensionales; de fondo propuso las de: falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, pago, compensación y prescripción.

iii. Ministerio de Hacienda y Crédito Público -litisconsorte necesario por pasiva-⁶

La afiliación y/o traslado de las personas entre los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993 los determinan por mandato legal las administradoras del Sistema General de Pensiones, sin que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público tenga injerencia alguna en la decisión que al respecto tome el afiliado respecto a pertenecer a uno u otro régimen pensional por lo que su comparecencia al proceso resulta inoficiosa. Adicionalmente, refiere que los engaños aducidos por la parte actora deben ser demostrados por él, siendo además imposible declarar la nulidad dada su condición de pensionado por vejez. De otro lado, informó además que Protección S.A. solicitó la emisión del bono pensional tipo A modalidad 2 al que tenía derecho el demandante, el cual fue redimido -pagado- el 30 de mayo de 2016 a través de Resolución N°15493 del 26 de julio de 2016.

Excepcionó: La oficina de bonos pensionales no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional; el señor Hernando Jesús Osorio Villegas es beneficiario de una pensión de vejez anticipada (bono negociado y firme) situación que imposibilita el traslado del demandante al RPM; buena fe y la que denominó como “genérica”.

Demanda de reconvención⁷

En virtud de la calidad de pensionado que ostenta el señor Hernando de Jesús Osorio Villegas en Protección S.A. desde el 14 de junio de 2016, la AFP del RAIS formuló demanda de reconvención en contra del demandante, solicitando que en caso de prosperar la pretensión de la activa en su demanda, i) se condene al demandante a reintegrar todas las sumas de dinero que hubiere recibido por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez, esto es, desde el 14 de junio de 2016 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, adicionando este valor con la rentabilidad que este dinero hubiere producido de haber permanecido bajo la administración de la AFP, o ii) en subsidio el valor de las mesadas pensionales desde su fecha de reconocimiento hasta la ejecutoria de la sentencia, debidamente indexado hasta la fecha de su pago efectivo; y iii) solicitó autorización para suspender el pago de las

⁶ 02Expediente.pdf, págs 236 a 246.

⁷ 02Expediente.pdf, págs 168 a 173.

mesadas pensionales al señor Osorio Villegas, hasta tanto se resuelva el presente litigio con la respectiva nota de ejecutoria; y **iv)** Costas del proceso.

Oposición a la demanda de reconvención⁸

La activa se opuso a la demanda de reconvención, aduciendo que el dinero pagado por la AFP por concepto de mesadas pensionales hace parte de su capital y que por ello no tiene por qué restituir su propio dinero. Además, se opuso a la solicitud de Protección S.A referente a que se suspenda el pago de las mesadas pensionales, exponiendo que ello afectaría su mínimo vital y que adicionalmente no hay norma legal ni fundamento jurisprudencial que avale dicha suspensión. Excepcionó: inexistencia de retornar mesadas pensionales a la AFP Protección S.A.; buena fe, compensación y prescripción.

Sentencia de primera instancia⁹

El 11 de junio de 2019, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante al RAIS administrado por Protección S.A., condenándola a trasladar al señor Osorio Villegas al RPMPD administrado por Colpensiones y a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones completas, bonos pensionales, rendimientos financieros que se hubieren causado, excepto los dineros por concepto de cuotas de administración. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación al RPM del actor y a recibir todos los dineros que le sean trasladados por Protección S.A.; igualmente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del actor a partir del mes de junio de 2016 en cuantía de \$1.055.427 pesos, lo que arroja una diferencia en favor del demandante respecto de la mesada pensional reconocida por el RAIS, discriminada así: para el año 2016 de \$228.117, para el año 2017 de \$241.234, para el año 2018 de \$251.100 y para el año 2019 de \$259.085, ascendiendo el retroactivo pensional de la pensión reconocida hasta junio de 2019 a la suma de \$9.779.788, suma que deberá indexarse al momento del pago; sin perjuicio de reconocer y pagar las demás diferencias pensionales que se generen hasta que la sentencia quede debidamente ejecutoriada.

Ordenó a Protección S.A a seguir reconociendo y pagando la pensión de vejez del demandante hasta tanto la sentencia no haga tránsito a cosa juzgada. Absolvió a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Oficina de Bonos Pensionales de las pretensiones incoadas en su contra. Absolvió al actor de las pretensiones de la demanda de reconvención impetrada en su contra por Protección S.A. Por último, condenó en costas a Protección S.A, fijando como agencias en derecho en favor del demandante la suma de \$4.000.000 de pesos.

Tras advertir el precedente judicial vigente en la materia, el A quo señaló que la AFP del RAIS tenía la carga procesal de demostrar el cumplimiento de su deber de información en el traslado del afiliado, debido a que las AFP ejercen una actividad financiera de gestión fiduciaria, por lo que le asistía el deber de buen consejo, frente al cual no demostró su cumplimiento al interior del proceso, generando como consecuencia la aplicación de la ineficacia del traslado por atentar contra la libre elección de régimen pensional.

Se abstuvo de ordenar el traslado de las cuotas de administración, manifestando, entre otros argumentos, que este tema no ha sido abordado claramente por la jurisprudencia, es un descuento autorizado por la ley, y que no se pueden desconocer los hechos fácticos

⁸ 02Expediente.pdf, págs 208 a 214.

⁹ 02Expediente.pdf, págs 304 a 306.

y jurídicos que ocurrieron en el mundo fenomenológico, como lo es la administración de la cuenta de ahorro individual por parte de Protección S.A.

Concluyó que al actor le asistía el reconocimiento a la pensión de vejez conforme a la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; liquidó la prestación de vejez con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando el IBL de los últimos 10 años y una tasa porcentual del 73%. Se abstuvo de ordenar el pago de intereses moratorios y concedió la indexación.

Recursos de apelación

i) Demandante: Interpuso recurso parcial contra lo decidido, respecto al IPC final aplicado por el Despacho para la liquidación de la mesada pensional del actor, pues aplicó el del año 2014, pero como la pensión de vejez se reconoció en el año 2016 el IPC final aplicable era el del año 2015 de 126.15, por lo cual el retroactivo y la mesada pensional deben ser superiores a las reconocidas por el A quo.

ii) Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Oficina de Bonos Pensionales: Solicitó modificar la orden dada a Protección S.A. de trasladar el bono pensional, por cuanto el bono Tipo A que emitió y pagó la pensión en este caso, no puede financiar una prestación del RPM, ya que está consagrado para financiar pensiones del RAIS que resultan totalmente excluyentes; así mismo el precedente vertical y horizontal indica que de declararse la nulidad o la ineficacia del traslado dicho bono resultaría incompatible como consecuencia del regreso al RPM, de manera que el mismo se debe anular y su valor debe ser devuelto por Protección S.A. a la Nación, debidamente actualizado.

Colpensiones: Solicitó revocar la sentencia emitida en primera instancia, sosteniendo en primer lugar que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal para retornar al RPM al ostentar la calidad de pensionado, conforme lo prevé el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra que el afiliado se puede trasladar a otro plan de capitalización o de pensiones autorizadas. Aunado a ello, no acreditó la existencia de vicios en el consentimiento a la hora de efectuarse el traslado, ni la ausencia de información, ni cumple con los requisitos exigidos por la sentencia SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional para trasladarse de régimen en cualquier tiempo.

Y concordante con lo anterior afirma que, si bien el Juez A Quo señaló que no existe diferencia entre pensionado y afiliado para los efectos de la declaratoria de ineficacia, lo cierto es que al actor estar percibiendo una prestación de vejez bajo modalidad de retiro programado en el RAIS imposibilita la declaratoria de ineficacia y en consecuencia la reliquidación pensional por la diferencia hallada por el Despacho.

Protección S.A: Inconforme con lo decidido, formuló recurso de apelación solicitando su revocatoria integral, indicando que la entidad demostró fehacientemente que Protección S.A le brindó al actor la información necesaria para que éste tomara una decisión frente a su futuro pensional, lo cual se acredita con el formulario de afiliación donde consta la firma del demandante, poniendo en duda además la validez de la declaración rendida por el testigo de la activa, en tanto éste no estuvo presente en la asesoría practicada al señor Osorio Villegas ni cuando éste suscribió el formulario de afiliación.

Por otra parte, la sentencia SL-17595 del 2017 dispuso que la información que deben brindar las administradoras de fondos de pensiones comprende todas las etapas de la afiliación desde el momento previo a la afiliación hasta la determinación para las condiciones para el disfrute de la pensión, lo cual implica que, una vez reconocida la pensión de vejez, la falta de información se entienda superada con la celebración de un nuevo acto jurídico autónomo e

independiente, como lo es la solicitud de pensión de vejez a Protección S.A, toda vez que el afiliado sólo tenía la posibilidad de alegar la falta de información o la ineficacia previo al disfrute de esta prestación económica y no con posterioridad a ella, y al tener un derecho adquirido si deferencia entre el estatus de afiliado y un pensionado, dado que el precedente de la H. CSJ refiere a personas que tenían calidad de afiliados.

Adicionalmente, el juez omitió valorar la documental allegada con la contestación de la demanda que dan cuenta de la información brindada a efectos de suscribir el nuevo acto jurídico de reconocimiento pensional, además que éste no acreditó el engaño bajo el cual supuestamente actuó.

Finalmente, solicitó se revoque la absolución al demandante frente a la demanda de reconvencción, considerando que si no hubiese salido dinero de su cuenta de ahorro individual este dinero hubiese producido unos rendimientos que le hubieren dado la posibilidad de adquirir una mesada pensional mucho más alta, y además se le absuelva de la condena en costas.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

Una vez concedido el término a las partes para alegar de conclusión en esta sede, ambas partes lo recorrieron de forma oportuna, excepto la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público-.

La apoderada de **Protección S.A.**¹⁰ solicitó revocar la decisión condenatoria de instancia, alegando que el acto de traslado fue completamente válido, conforme obra en la casilla de voluntad de selección del formulario de afiliación, lo cual da cuenta de la decisión libre y espontánea del demandante de trasladarse de régimen pensional y del conocimiento por parte de éste de las diferencias que se presentan entre el régimen público y el privado.

Frente a los gastos de administración, solicitó confirmar la decisión de primera instancia, aduciendo que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 determina la distribución porcentual de las cotizaciones efectuadas por los afiliados, de suerte que este concepto aplica tanto para el RPM como para el RAIS.

Por su parte, la apoderada de **Colpensiones**¹¹ deprecia la revocatoria de lo decidido, argumentando que no es posible trasladar al demandante al RPM dada la prohibición expresa que hace el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por faltarle menos de 10 años para arribar a la edad de pensión.

Así mismo, adujo que no es cierto que haya existido un vicio en el consentimiento que conlleve a la invalidez del acto jurídico de afiliación al RAIS, en tanto dicha afiliación se efectuó en vigencia del Decreto 663 de 1993, antes de que se expidiera la Ley 1328 de 2009 que actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de modo que para la época del traslado solo se exigía a las AFP el formulario de afiliación para demostrar la aceptación y el consentimiento del afiliado.

Por lo anterior, debe considerarse que es la parte accionante quien tiene la carga de probar los hechos narrados en el acápite fáctico del escrito de demanda, pues la AFP cumplió con las atribuciones legales vigentes y aplicables para el momento en que el demandante efectuó el traslado de régimen pensional.

¹⁰ 09AlegatosProteccion.pdf

¹¹ 10AlegatosColpensiones.pdf

De otro lado, el apoderado del **demandante**¹² solicitó confirmar la decisión por el a quo, alegando que si bien la sentencia SL-373 del 2021 estableció que la línea jurisprudencial referente a la declaratoria de ineficacia de traslado no aplica a los ciudadanos que ya tienen el estatus de pensionados, en aquella sentencia se estaba analizando el caso de un demandante que había accedido a la pensión de manera anticipada, por lo que las razones allí expuestas no se deben aplicar de forma automática a todos los pensionados, dado que en cada una de las modalidades pensionales intervienen personas diferentes y en consecuencia se puede afectar o no a terceros.

En ese orden de ideas, el señor Osorio Villegas eligió la modalidad de retiro programado, la cual está a cargo de Protección S.A., y por ello no se está afectando a ningún tercero ni se está afectando a la Nación, dado que el demandante obtiene la pensión al cumplimiento de los 62 años de edad, es decir que no hubo necesidad de vender el bono pensional, el mismo no perdió su valor nominal, ni hubo necesidad de que un tercero lo comprara; ni está acreditado que el actor haya firmado contrato alguno para que una aseguradora pague su prestación. Refiere además que dicha tesis contraría los principios de seguridad social, del trabajo y de la constitución, puesto que se está priorización el proceso sobre el derecho sustancial. Aunado a ello, considerando que la declaratoria de ineficacia de traslado se basa en que la AFP no cumplió con las obligaciones que le asistían respecto del potencial afiliado, por qué castigar al ciudadano que se vio afectado por un fondo privado por el simple hecho de que supuestamente se está afectando a terceros, máxime cuando estos terceros tienen músculo financiero y jurídico para repetir contra el que quebrantó el sistema.

Por último, citó un aparte de la sentencia SL-1418 de 2022 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en la que casó una sentencia en que el Tribunal se apartó del precedente de ineficacia para pensionados indicando: *“lo anterior sin perjuicio de que, razonadamente, los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores funcionales; no obstante, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trasladadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido y la solución de los grandes dilemas jurídicos que suscita el derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados, acorde con la dimensión social de la constitución política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”*; lo anterior para llamar la atención de esta Corporación a fin de analizar que en el presente asunto no existe afectación de terceros, y que el acceso a la pensión de vejez en el RAIS fue por cuestiones de salud, ya que sufre de alteraciones de memoria y alzhéimer con síndrome demencial, y por afectación a su mínimo vital, pues se encontraba desempleado, lo que lo ubican como persona de especial protección.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por los artículos 66, 66A del CPTSS, respecto de los puntos objeto de apelación. Igualmente se surte el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, conforme al artículo 69 del CPTSS modificado por la Ley 1149 de 2007, y en acatamiento de la decisión de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado 7382 de 2015.

¹² 11AlegatosDemandante.pdf

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, así como la oposición formulada por las demandadas, y los argumentos de la decisión de primera instancia, interpreta la Sala, que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar: **a)** la viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, quien ostenta la calidad de pensionado bajo la modalidad de retiro programado en dicho régimen de ahorro individual; en caso afirmativo, **ii)** determinar las consecuencias que conllevaría dicha declaratoria.

Hechos relevantes probados documentalmente

Hernando de Jesús Osorio Villegas nació el 30 de mayo de 1954¹³. Inició cotizaciones ante el extinto Instituto de Seguros Sociales -ISS- el 25 de mayo de 1979¹⁴ y posteriormente suscribió formulario de afiliación a Protección S.A. el día 24 de septiembre de 1997¹⁵. Según historia laboral expedida por Protección S.A. el actor contaba al 29 de octubre de 2015 con 929.71 semanas cotizadas para dicho fondo¹⁶; y el 3 de enero de 2016, certificó 809 semanas acreditadas para bono pensional¹⁷.

El 14 de junio de 2016, Protección S.A. acusó recibido de radicación de solicitud de prestación económica de vejez del demandante, bajo modalidad de Retiro Programado¹⁸, junto con la aceptación de historia laboral y comparativo de condiciones para liquidar la pensión de vejez¹⁹, dejando constancia de que ha recibido toda la información relacionada con las modalidades de pensión y que en virtud de ello selecciona la modalidad de retiro programado²⁰. El 30 de agosto de 2016 Protección S.A. le informa que reconocerá su pensión de vejez desde el día 14 de junio de 2016 por un valor de \$827.310 pesos mensuales, sobre 13 mesadas anuales, junto con un retroactivo pensional adeudado por valor de \$2.134.429 pesos²¹.

El 9 de agosto de 2016 envió por correo certificado a Protección S.A., solicitud de nulidad del traslado y el traslado de sus aportes a Colpensiones²², pero su petición le fue rechazada el 22 de agosto de 2016 por encontrarse a menos de 10 años de adquirir la edad de pensión²³. El 8 de agosto de 2016 radicó ante Colpensiones petición de ser aceptado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida²⁴, pero esta le fue negada el día siguiente bajo el argumento de que se encontraba válidamente afiliado y pensionado en Protección S.A.²⁵.

Por último, la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Oficina de Bonos Pensionales allega la Resolución N°15493 de fecha 26 de julio de 2016 por medio de la cual emite y ordena el pago del bono pensional del demandante²⁶.

¹³ 02Expediente.pdf, pág 44. No se aportó registro civil de nacimiento del demandante, pero sí copia de su cédula de ciudadanía que informa de dicha fecha, la cual no fue discutida por la pasiva dentro del proceso.

¹⁴ 02Expediente.pdf, págs 23, 28, 40, 80, 86, 181, 290 y 297.

¹⁵ 02Expediente.pdf, págs 127, 128, 175 y 176.

¹⁶ 02Expediente.pdf, pág. 148/155

¹⁷ 02Expediente.pdf, pág. 41

¹⁸ 02Expediente.pdf, págs. 129/131 y 177/179.

¹⁹ 02Expediente.pdf, págs. 132/142

²⁰ 02Expediente.pdf, págs 136/142 y 185/187.

²¹ 02Expediente.pdf, págs 144/145 y 189/190.

²² 02Expediente.pdf, págs 15/16.

²³ 02Expediente.pdf, págs 18/20.

²⁴ 02Expediente.pdf, pág 17.

²⁵ 02Expediente.pdf, págs 21/22.

²⁶ 02Expediente.pdf, págs 257/265.

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

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

i) Los artículos 48, 53, 335²⁷ y demás normas concordantes de la Constitución Política; ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1²⁸, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3º del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994²⁹; iv) Decreto 692 de 1994; v) El Decreto 663 de 1993, cuyo artículo 72 en su literal f) adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas³⁰ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994³¹.

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

Advierte esa alta Corporación de Justicia sobre la necesidad de que la decisión del traslado de Régimen esté precedida de toda información relevante que el Fondo de pensiones proporcione a quien pretenda afiliarse, la cual, debe ser suficiente, completa y clara sobre las implicaciones que le conllevaría dejar el anterior Régimen y sus posibles

²⁷ Las actividades que desarrollan las AFP al tenor del **artículo 335 de la CN.**, son de interés público y su ejercicio está reglamentado por la ley, en razón de la función que desempeñan.

²⁸ Consagró el artículo primero de esa ley 100, como objeto del aludido sistema: *garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad “para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan.”*

²⁹ Conforme al **artículo 4** y demás normas concordantes del **Decreto 656 de 1994**, las administradoras se sitúan en el ámbito de la **responsabilidad profesional**, que **las obliga a prestar de manera eficiente, eficaz y oportuna los servicios** inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, considerados idóneos por sus conocimientos técnicos especializados y experiencia en compleja materia financiera, para garantizar derechos de sus asegurados; tal responsabilidad se mide con mayor rigor que el utilizado frente a las obligaciones entre particulares, en razón a la delegación del servicio público de seguridad social en pensiones que asumen en el RAIS, sostiene la SCL de la H. Corte Suprema

³⁰ **Se les prohíbe: “No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”.**

³¹ Norma reglamentaria de los arts. 105 y parcialmente del 287 de la ley 100 de 1993 en cuanto al régimen de promoción y de responsabilidad de las sociedades AFP. disponiendo en el inciso final del artículo 4: QUE LAS ACTUACIONES DE LOS VENDEDORES EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD OBLIGAN A LAS AFP, respecto de la cual se hubiere promovido la respectiva vinculación, es decir, comprometen la responsabilidad de éstas como establece su art. 10 y precisa en el art. 12 que tales promotores deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante la vinculación, y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

consecuencias futuras. Pues, conforme al Estatuto Financiero de la época en los Artículos 97 y siguientes, consagró que las administradas debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

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

(i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

(ii) La información debe ser completa y comprensible. y,

(iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

Múltiples Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín han considerado que, si bien los casos concretos abordados por la H. Corte Suprema de Justicia, refieren a personas que fueron beneficiarias del régimen de transición pensional consagrado en el art. 36 de la Ley 100/93, su *ratio decidendi* aplica para quienes se afilian al Sistema Pensional por primera vez o se trasladan entre regímenes en el marco del mismo, enfatizando en la necesidad de demostrar en cada proceso si la AFP suministró, a quien una vez fuera su potencial afiliado, *información clara, completa, suficiente*, en términos de transparencia y eficiencia, a fin de poder concluirse que la decisión adoptada entonces, obedeció a un conocimiento diáfano y preciso, no sólo de lo que se hacía, sino de las consecuencias que se derivarían de la suscripción del formulario de afiliación correspondiente y que por tanto, ese acto jurídico surgió de una real manifestación de voluntad, libre, espontánea y sin presiones.

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

Por estas razones, lo argumentado por la pasiva en torno a que la suscripción del formulario acredita la libre e informada manifestación de voluntad del afiliado al momento del traslado, pues ello no constituye razón atendible para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a la Administradora, menos aún, por cuanto, en los asuntos como el presente, no se discute la capacidad jurídica de los celebrantes, ni la licitud de los traslados; se atiende es al hecho de haberse dado el traslado de régimen pensional sin que estuviese precedido de la satisfacción o del cumplimiento del deber de información por parte de la administradora que captó al afiliado, quien, según sus dichos al absolver el interrogatorio de parte, escuchó del asesor que tendría mejores garantías de pensión en dicho fondo.

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

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

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

(...)

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

(...)

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

1. ¿Es contrario al principio de igualdad que se permita a los afiliados, pero no a los pensionados, trasladarse entre administradoras de pensiones?

2. ¿Vulnera el derecho a la seguridad social de los pensionados que se les impida escoger la entidad administradora de pensiones o plan de capitalización que les resulte mejor administrativa o financieramente, siendo ya pensionados?

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

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

(...)

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

La pregunta que lógicamente ha de plantearse este Tribunal es si la prohibición de movilidad para pensionados que el legislador estableció y la Corte Constitucional prohijó, en el caso citado para trasegar dentro del régimen de ahorro individual, no tendrá aún mayor entidad para los asuntos como en el de la ineficacia, donde la orden que finalmente contienen nuestras sentencias es la de inscribir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Esto es, mutar su régimen pensional.

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

Este párrafo abunda en estas últimas:

(...)

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

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

En aclaración de voto del H. Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán en sentencia **SL1452-2019, Radicación 68.852**, realizó una diferenciación entre afiliado y pensionado, al indicar que frente al ejercicio de la acción de nulidad o ineficacia del acto de traslado “deberá

diferenciarse cuando se está en cabeza del afiliado, pues quien haya alcanzado el derecho pensional, no solo habrá saneado con su ratificación de obtener la pensión cualquier deficiencia en los actos jurídicos anteriores, sino que ya tiene un estatus y derecho consolidado que le habilitan acciones diferentes a las del afiliado”.

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

*“ (...) si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)³², **lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso.** No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque **ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.** Basta con relevar algunas situaciones:*

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

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

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

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

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la

³² SL1688-2019, SL3464-2019

intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono. (...)” (negritas y resaltos fuera de texto).

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

Y por ello, el órgano de cierre en la materia recoge el criterio adoptado en sentencia primigenia con Radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, donde bajo la figura de nulidad de traslado, ordenó el traslado del allí demandante con calidad pensionado en el RAIS con destino hacia Colpensiones.

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

Expuesto lo anterior, es menester advertir que, con anterioridad a esta decisión, empero a la adopción de la postura mayoritaria de la Sala Especializada en la Sentencia de Unificación ya citada, se han acompañado, providencias con ponencia del Magistrado Diego Fernando Salas Rondón, donde se pretendió la declaratoria de ineficacia de traslado por parte de pensionados en el RAIS³³, pero con aclaración de voto por las siguientes particularidades:

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

En tal virtud, la Sala adopta la reciente postura de la Alta Corporación expuesta en la **Sentencia 373 de 2021**, -en la que además abandona expresamente el criterio de la Sentencia con Rad. 31989 de 2008-, y recoge la que en contrario se hubiere emitido dentro de otro proceso, por parte de esta Sala de Decisión Laboral, por ser de obligatorio cumplimiento al tratarse de precedente vertical en la materia y estimar que contiene la interpretación más acertada sobre estos asuntos donde la solicitud y reconocimiento de pensión de vejez en el RAIS, **implica un acto jurídico consolidado, y una serie de actos donde intervienen terceros de buena fe, indiferentemente de la modalidad pensional**

³³. Pág.30

acogida por el pensionado e inclusive en aquellos casos en que se otorgue Garantía de Pensión Mínima. Lo anterior, valga resaltar, sin perjuicio de la facultad que tienen los demandantes de acudir a la reparación de los perjuicios que consideren ocasionados en razón del incumplimiento al deber de información por parte de las administradoras de los fondos pensionales del RAIS, que deriven en la diferencia en disfavor de la mesada pensional.

Caso concreto

En consonancia, se aborda el sublite, y se verifica mediante la prueba documental allegada que, Hernando de Jesús Osorio Villegas nació el 30 de mayo de 1954³⁴, por lo que, al 1 de abril 1994, cuando inició vigencia el SGSSP para él, por ser trabajador del sector privado, contaba con 39 años de edad y no tenía 15 años o más de servicios y/o cotizaciones, por tanto, no fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Suscribió formulario de afiliación a Protección S.A. el día 24 de septiembre de 1997³⁵, el cual acusa de ineficaz. El 5 de agosto de 2016 solicitó a Protección S.A la nulidad de su traslado³⁶, pero su petición le fue rechazada el 22 de agosto de 2016 por encontrarse a menos de 10 años de adquirir la edad de pensión³⁷. El día 8 de agosto de 2016 Colpensiones recibió su solicitud de traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida³⁸, pero esta le fue negada el día siguiente por la administradora del régimen público indicándole que se encontraba válidamente afiliado y pensionado en Protección S.A³⁹, **estatus que ostenta en el RAIS desde el día 14 de junio de 2016**⁴⁰, fecha en que le fue reconocida esta prestación por parte de Protección S.A y en virtud del reconocimiento por parte de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante Resolución N°15493 del 26 de julio de 2016⁴¹.

En el sub judice, no fue posible practicar el interrogatorio al demandante Hernando de Jesús Osorio Villegas dada de la demencia moderada degenerativa que éste padece. Se recaudó el testimonio de Eduardo Alonso Zuluaga Moreno, compañero de trabajo del actor, el cual declaró que en el año 1999 unas funcionarias de Protección S.A. se presentaron a su lugar de trabajo, empresa IMUSA, quienes realizaron una corta asesoría individual a cada uno de los empleados, aceptando no haber estado presente en la asesoría practicada al demandante.

En este caso, la AFP Protección S.A., como encargada de tramitar el traslado de régimen pensional, estaba llamada a demostrar que ese traslado no se vio afectado en su eficacia por haberle suministrado la información suficiente, clara, completa al entonces potencial afiliado, sin embargo no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar al hoy demandante una oportuna información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales; ni sobre los beneficios e inconvenientes que le generaría el suscribirse a un régimen o a otro, y en general, las consecuencias del tal afiliación, entre ellas, las modalidades de la pensión, el capital necesario para acceder a la pensión de vejez de manera ordinaria, o anticipada, los componentes y variables para establecer el monto de

³⁴ 02Expediente.pdf, pág 44

³⁵ 02Expediente.pdf, págs 127, 128, 175 y 176.

³⁶ 02Expediente.pdf, págs 15/16.

³⁷ 02Expediente.pdf, págs 18/20.

³⁸ 02Expediente.pdf, pág 17.

³⁹ 02Expediente.pdf, págs 21/22.

⁴⁰ 02Expediente.pdf, págs 189/190.

⁴¹ 02Expediente.pdf, págs 257/265.

la prestación económica en el RAIS y su comparativo en el RPM, los requisitos para heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecimiento, el derecho de retracto, las implicaciones de la negociación anticipada del bono pensional, la posibilidad e incluso la necesidad de hacer cotizaciones adicionales, para obtener la prestación de vejez en el RAIS, entre otros aspectos relevantes, para generar en el posible afiliado, verdadero consentimiento plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones, y ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien ha aclarado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Y si bien lo anterior permite concluir que la pasiva no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar al hoy demandante una oportuna información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales, lo cierto es que, **al ostentar calidad de pensionado en el RAIS, bajo modalidad de retiro programado desde el año 2016** y acoger esta Sala el criterio adoptado por la Sala Especializada de la Sala Laboral de Decisión de esta Corporación, así como lo dilucidado en precedente citado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, **no es posible acceder a la ineficacia de la afiliación** por el incumplimiento de las mencionadas obligaciones, al configurarse tras su reconocimiento rogado, una serie de actuaciones en que han participado distintos actores del sistema y terceros de buena fe, como en este caso se efectuó, contrario a lo alegado por el apoderado de la parte demandante en sus alegatos de conclusión, pues en el presente asunto, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en lo que toca con la emisión y redención del bono pensional, que indefectiblemente conllevaría un impacto negativo al sistema pensional colombiano y a situaciones insostenibles para éste, y que no permiten acoger favorablemente sus argumentos.

En tal sentido, tampoco resulta oportuna la cita que realiza el mandatario judicial de la activa en sus alegaciones, sobre la sentencia SL 1418 de 2022 proferida por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto reitera que si bien la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre en la materia de cada jurisdicción tiene carácter obligatorio, se admite que los jueces pueden disentir razonadamente de los criterios de su superior funcional, a través de sólidos y persuasivos argumentos, pues en la misma providencia, se advierte que éstos deben estar estructurados a la luz de la dimensión social de la Constitución Política de 1991, pues de lo contrario, no resulta válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes; concluyendo que la postura del Tribunal Superior de Medellín en dicho asunto, que no acogió el criterio de la Sala de Casación que no avala la ineficacia de traslado de régimen pensional cuando el afiliado se encuentra percibiendo reconocimiento de prestación pensional *“no fluye justificada ni razonable de cara a las enseñanzas de esta Corte, explicadas en sentencia CSJ SL373-2021, en el sentido de que en tal evento, lo procedente es el resarcimiento de los perjuicios causados a quien ya ostenta la calidad de pensionado y sufrió un menoscabo en la cuantía de su pensión.”*

Por las motivaciones expuestas, se **revocará** la sentencia conocida en apelación, para en su lugar absolver a las demandadas de todas las condenas emitidas en su contra.

Lo aquí decidido no es óbice, para que con sujeción a las reglas previstas por la Corte Suprema y a las de prescripción aludidas en las referidas sentencias, si el demandante estima pertinente, aspire vía ordinaria el pago de indemnización de perjuicios por parte del fondo pensional del RAIS, como consecuencia del incumplimiento a su deber de

información, acorde a lo ya estudiado, aspecto que en esta oportunidad no corresponde analizar por no formar parte de las pretensiones de la demanda.

III. EXCEPCIONES

Las excepciones formuladas por la pasiva han quedado implícitamente resueltas.

IV. COSTAS

De conformidad con el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por analogía en materia laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se imponen costas a la parte demandante en ambas instancias por haber sido revocado en su integridad el fallo proferido por el a quo. Fijándose como agencias en derecho en esta instancia la suma de 1/4 smlmv en 2022.

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, el 11 de junio de 2019, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por HERNANDO DE JESÚS OSORIO VILLEGAS contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-OFICINA DE BONOS PENSIONALES en calidad de litis consorte necesaria por pasiva, para en su lugar declarar probadas las excepciones formuladas por las demandadas de inexistencia de la obligación de ineficacia de traslado por ostentar calidad de pensionado y absolver a las demandas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de ¼ de SMLMV en 2022.

Se ordena notificar por edicto lo decidido.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Los Magistrados,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN
En ausencia justificada