

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### RAMA JUDICIAL

#### TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

#### SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Cumplido el traslado de que trata el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, se procede a dictar la sentencia que corresponde en este proceso ordinario de doble instancia instaurado por JOHN JAIRO ARANGO ÁLVAREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-; y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. (Radicado 05001-31-05-019-2021-00248-01).

### ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare la ineficacia o en subsidio la nulidad del traslado que realizó al RAIS por medio de la AFP Santander hoy Protección S.A., para que se tenga su afiliación al RPM sin solución de continuidad, y que, de este modo, se restituyan por parte del fondo accionado, todo el capital de la cuenta de ahorro individual, en el que se incluyan aportes, rendimientos y bono pensional, lo anterior con destino a Colpensiones. Por otro lado, solicita que se declare que no perdió el derecho a permanecer en el régimen de transición en materia pensional, consagrado en la ley 100 de 1993, y que le asiste derecho al reconocimiento de prestación pensional bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones. De igual forma, pretende que sean reconocidos los perjuicios materiales que se ocasionaron en virtud de la deficiente asesoría obtenida, coartando de esta forma, su derecho a obtener la prestación aludida en el mes de enero de 2012. De forma subsidiaria, solicitó que Colpensiones le pague los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993.,

debido al no pago de las mesadas causadas con anterioridad; y en caso de no prosperar lo anterior, que se realice la indexación de las condenas objeto del litigio. Por último, aspira que se reconozca a título de lucro cesante, las mesadas pensionales que le hubieran correspondido desde el 21 de enero de 2012, fecha en la que cumplió los requisitos para acceder esta prestación. Como consecuencia de la concesión de lo citado, debe condenarse en costas a las entidades accionadas.

Como sustento de sus súplicas, narró que nació el día 21 de enero de 1952; que realizó cotizaciones al extinto ISS y a Cajanal; para el mes de abril de 2001, decidió trasladarse al RAIS a través de la AFP Santander, hoy Protección S.A., entidad a la que sigue afiliado en la actualidad; en el marco de la asesoría otorgada, le indicaron la conveniencia y privilegios de pertenecer al mismo, tales como la posibilidad de anticipar la edad de pensión y una mesada pensional superior, recabando en la inminente quiebra del entonces ISS; no se le explicaron por demás, los riesgos y beneficios de afiliarse a este régimen, ni le suministraron información sobre la edad mínima, saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, IBC a cotizar para acceder a pensión anticipada; no se realizó estudio previo individual o concreto sobre las condiciones y ventajas de permanecer afiliado a dicha administradora; en mayo del 2019, elevó reclamación ante Colpensiones con la finalidad de que se efectuara traslado a este régimen, y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, obteniendo respuesta negativa, bajo el entendido de resultar improcedentes.

Colpensiones como entidad accionada, allegó respuesta en término oportuno al escrito inicial, en la cual se opuso a la prosperidad de todo lo deprecado, aduciendo que el accionante se trasladó de forma voluntaria, eligiendo de forma consciente entre uno y otro régimen, decisión en la que su representada no tiene ninguna responsabilidad. Sobre los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación al RPM, el traslado efectuado al RAIS por medio de la AFP Santander hoy Protección S.A., densidad de semanas cotizadas previo a su traslado, calenda en la que cumplió la edad de 60 años y reunió 500 semanas dentro de los últimos veinte años, y la petición que se elevó ante su entidad con miras a que le fuera autorizado el retorno a

dicho régimen, y el reconocimiento de la pensión de vejez. Como excepciones de mérito, propuso: inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, imposibilidad de reconocer pensión de vejez e intereses moratorios, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, y la innominada o genérica.

Protección S.A., del mismo modo, presentó su oposición frente a las pretensiones incoadas, exponiendo para el efecto sus razones de hecho y de derecho. Con respecto a lo narrado en el escrito inicial, afirmó la veracidad de la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación ante su entidad, la data en la que cumplió 60 años y reunió 500 semanas durante los últimos veinte años de cotización, y el cálculo actuarial diferente en uno y otro régimen; de los demás dijo que no son ciertos o que no le constan. Como excepción previa, esgrimió: falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva. Y en el apartado de excepciones de mérito, enarboló: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito material, entre otras.

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 9 de julio de 2021, ordenó la vinculación de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Dada esta circunstancia, el representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a la prosperidad de todo lo pretendido por el demandante, aduciendo que la pretensión de declarar la ineficacia ya prescribió, no está demostrada o ya fue saneada. Sobre los hechos, indicó ninguno le consta o que no son ciertos. Como excepciones previas, propuso: falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva. Y como excepciones de mérito, formuló: inexistencia de la obligación, prescripción la nulidad y/o ineficacia, anulación del bono pensional, el traslado de aportes no se realiza mediante bono pensional, buena fe y la excepción genérica.

Mediante auto del 3 de agosto de 2021, se ordenó la vinculación del Municipio de Medellín y Pensiones de Antioquia.

El municipio de Medellín, allegó contestación al libelo introductorio, exponiendo para el efecto sus razones de hecho y derecho. Sobre los hechos, aceptó como cierta la fecha de nacimiento del demandante. Como excepción de mérito, propuso la que llamó genérica.

Pensiones de Antioquia, de igual forma, allegó contestación, esgrimiendo sus razones fáctico-jurídicas para oponerse a lo deprecado por el actor. Con respecto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al RPM, el traslado efectuado al RAIS, la densidad de semanas cotizadas antes de su traslado a la AFP Protección S.A., que es beneficiario del régimen de transición pensional, y que no fue afectado por las modificaciones del Acto Legislativo 01 de 2005. Como excepciones de mérito, señaló: inexistencia de la obligación, buena fe y exoneración del pago de costas procesales.

El fallador de primer grado, mediante sentencia proferida el 13 de mayo de 2022, ordenó lo siguiente:

**PRIMERO:** DECLARAR INEFICAZ el traslado o la vinculación de JOHN JAIRO ARANGO ÁLVAREZ con C.C. 70.032.062, al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado a través de lo que hoy es PROTECCIÓN S.A.; y consecuentemente, que, para efectos pensionales, aquel ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

**SEGUNDO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, ACEPTAR el regreso o vinculación de JOHN JAIRO ARANGO ÁLVAREZ, a esa entidad.

**TERCERO:** ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., trasladar los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del Sr. JOHN JAIRO ARANGO ÁLVAREZ, tales como cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES; y a esta última a recibirlos para que su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral. Así mismo, se dispondrá que regrese los valores que hubiere recibido con motivo de bono pensional que se hubiera respecto del Sr. JOHN JAIRO ARANGO ÁLVAREZ, con destino a las entidades correspondientes, tales como NACIÓN -

*MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, MUNICIPIO DE MEDELLÍN y PENSIONES DE ANTIOQUIA, en forma indexada.*

**CUARTO:** *DECLARAR que al Sr. JOHN JAIRO ARANGO ÁLVAREZ le asiste derecho a la pensión de vejez, bajo las previsiones de los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la cual estará a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE, quien procederá a disponer el disfrute de la prestación económica, que se causó en agosto de 2013, desde el momento en que se verifique el retiro expreso o tácito del Sistema General de Pensiones, particularmente en su caso concreto, desde que cesen los aportes al ya haber reclamado el derecho pensional, sobre 13 mesadas pensionales por año.*

**QUINTO:** *PRECISAR que, el pago efectivo tanto del retroactivo como de las mesadas pensionales a que haya lugar, se ha de producir luego de cuatro (4) meses contados a partir del momento en que PROTECCIÓN S.A., entregue los dineros antes mencionados a COLPENSIONES EICE.*

**SEXTO:** *ABSOLVER a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES EICE de las restantes pretensiones incoadas en su contra por el Sr. JOHN JAIRO ARANGO ÁLVAREZ, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

**SÉPTIMO:** *COSTAS a cargo de PROTECCIÓN S.A. en favor del demandante. Se fijan agencias en derecho en la suma de \$1.000.000. No se imponen costas frente a COLPENSIONES, ni las litisconsortes necesarias por pasiva.*

**OCTAVO:** *Por tratarse de una decisión adversa a Colpensiones como empresa industrial y comercial del estado, se ordena que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en los términos del artículo 69 del C.P. del T. y de la S.S. En consecuencia, se ordena la remisión del expediente al H. Tribunal Superior de Medellín -Sala Laboral.*

Inconformes con la decisión proferida, los apoderados de la parte demandante, de Protección S.A. y Colpensiones, interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

El de la primera, manifestó que debe revocarse y modificarse la sentencia de instancia en los siguientes aspectos: no se comparte la decisión en cuanto al momento desde el cual debe ser reconocida la pensión de vejez, es decir, desde el momento en que se dejen de efectuar las cotizaciones al Sistema

General de Pensiones, ya que, se está castigando dos veces a su representado, al no condenarse a Protección S.A. a que pague la indemnización correspondiente, y además a no reconocer la pensión de vejez por lo menos desde el momento incluso que presentó la demanda. Para el 21 de enero de 2012, al momento de cumplir 60 años, tenía los requisitos para ser merecedor de la pensión de vejez, bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, estando acorde al Acto Legislativo 01 de 2005, y contaba con más de 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida. El actor ha tenido que seguir cotizando, dado que no se ha podido pensionar aún, desde el año 2014 y principios del 2015, reclamó su pensión, y hasta el año de 2019, no recibió ninguna respuesta. Hace alusión a la teoría del retiro expreso y tácito, señalando que debe tomarse el mismo de forma tácita desde el momento en que se hizo el reclamo de la prestación a Protección S.A.; de otro lado, a Colpensiones se le hicieron dos reclamaciones para efectos del traslado y pensión de vejez, por lo cual dentro de este proceso se conjuga un retiro tácito. Cumple todos los requisitos desde el 2012, y tenía la intención de retirarse. No comparte la absolución de la condena relacionada con la indemnización de perjuicios, en tanto dentro del proceso quedó claro un daño, el cual se causó por la AFP Santander al no haber brindado la asesoría oportuna. Señala que el nexo causal entre la mala información y el daño de haber perdido el régimen de transición y la posibilidad de haberse pensionado en tiempo correcto, se reúnen entonces los daños aludidos. Es cierto que en la practica se han analizado múltiples casos en los cuales se han negado la indemnización de los perjuicios, pero este caso debe analizarse de forma particular, ya que hubo un error palmario por parte de la AFP accionada, al no haberle señalado que podía conservar el régimen de transición señalado, y por lo tanto existe un daño indemnizable. Se sirve de hacer un recuento jurisprudencial para argüir que deben ser reconocida la indemnización pretendida.

La de Protección S.A., indica que no deben ser trasladados los descuentos realizados por cuotas de administración que fueron utilizadas para la generación de los rendimientos. Debe tenerse en cuenta que los mismos se hubieran efectuado en el RPM. Y si la consecuencia es que todos los efectos deben retrotraerse, no es una interpretación jurídica o teleológica en este

orden. La diferencia de la rentabilidad en cada uno de los regímenes, hubiera sido diferente en ambos, sin embargo solo se ordena su cargo a Protección, cuando inclusive se ordena la devolución de los frutos obtenidos, y procesalmente no se obtuvo prueba que permita determinar cual habría sido la rentabilidad generada en Colpensiones para que esta fuera asumida por su entidad, aquí se presume entonces que debe condenarse a que asuma con cargo a su propio patrimonio, dando a entender que el artículo 20 de la ley 100 de 1993, no sería aplicable a los fondos del RAIS, ya que con base en negaciones indefinidas, con carga dinámica de la prueba y tarifa legal, se volverían inviables estos fondos.

El apoderado de Colpensiones señala que hay ausencia de fundamentos probatorios para la decisión de ineficacia que se tomó, dado que el consentimiento libre se vio materializado con la afiliación en el RAIS, y la entidad nada tuvo que ver en la realización del mismo. Los afiliados contaban con un espectro de elección de acuerdo con su decisión, por lo cual debían informarse, la cual se vio materializada con la suscripción de formato de vinculación. El demandante es el encargado de probar los hechos que afirma, sobre todo de acuerdo con los presupuestos fácticos que señala. No se deben imponer cargas en su contra, sobre todo porque ha actuado conforme al principio de buena fe. Su conducta está conforme a los lineamientos legales para el recibimiento de los afiliados, por lo cual no se le puede endilgar ninguna responsabilidad. Por lo tanto, debe ser exonerada de toda responsabilidad.

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

## CONSIDERACIONES

La Sala restringirá su estudio a los puntos objeto de apelación planteados por las partes recurrentes, conforme a las directrices que para el efecto traza el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, en concordancia con el artículo 35 de la Ley 712 de 2001. Aquellas condenas u órdenes impuestas a la Administradora

Colombiana de Pensiones -Colpensiones que no hayan sido apeladas, serán estudiadas por la vía de la consulta (art. 69 del C.P. del T. y de la S.S.), de conformidad con el criterio expresado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 26 de noviembre y 4 de diciembre de 2013, rads. 34552 y 51237, y más recientemente por la sentencia de tutela SLT7382-2015 (Rad. 40200).

Fuera de toda discusión, por obrar plena prueba de ello en el plenario, se encuentran los siguientes hechos: la fecha de nacimiento del demandante: 21 de enero de 1952 (archivo 2 página 31); la afiliación inicial al ISS, hoy Colpensiones, desde el día 27 de junio de 1983 (archivo 2 página 61); el traslado posterior al RAIS, AFP Santander, hoy Protección S.A., conforme a la suscripción del correspondiente formulario de vinculación el 24 de abril de 2001 (archivo 2 página 45); la prestación de servicios al municipio de Medellín desde el 12 de agosto de 1974 al 17 de enero de 1977, y para el Departamento de Antioquia desde el 8 de febrero de 1977 al 15 de enero de 1992 (archivo 11 página 54); el pago del cupón principal del bono pensional del demandante mediante resolución 16998 del 28 de agosto de 2017; y por último, que en la actualidad permanece afiliado a Protección S.A., y no se ha acreditado que ostente la calidad de pensionado en dicho régimen.

Partiendo entonces de lo que debe estudiarse por los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones; del grado de consulta, del contexto de los hechos y pretensiones de la demanda, y por supuesto de lo decidido, lo primero a esclarecer es si el traslado **INICIAL**, realizado por el demandante del RPMPD al RAIS fue o no ajustado a la ley, y en caso de que no lo hubiere sido, analizar si hay lugar o no a la devolución de aportes, rendimientos y demás ítems. Esto implica establecer, entre otros asuntos, si la voluntad del promotor del litigio al momento de trasladarse del RPMPD al RAIS estuvo afectada por un vicio en el consentimiento o conducta antijurídica.

Para estos fines, **y dado el poder vinculante de la jurisprudencia de las altas cortes**, entre otras razones porque una de sus funciones esenciales es la de velar por la unidad e integridad del ordenamiento jurídico (art. 86 del CPTSS y



333 del CGP), criterio que ha destacado la Corte Constitucional en muchas de sus decisiones (véase entre otras la C 539 de 2011 y la SU 354 de 2017), la Sala estima del caso hacer referencia textual a algunos apartes de la sentencia dictada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia el 8 de mayo de 2019 (SL1688-2019, Rad. 68838, ratificada, entre otras, en las sentencias SL1741-2021, SL1743-2021 y SL1942-2021), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, además de una adecuada sustentación, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia y las re asesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros, **y que le dan respuesta adecuada, de manera directa o indirecta a los distintos puntos que habrán de estudiarse en esta providencia, en especial al de determinar si la decisión del juez de primer grado puede o no avalarse.** Sobre el deber de información, en ésta quedó dicho:

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales Y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

*desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.*

En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, se dijo:

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

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

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

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

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

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un*

*formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario[...].*

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

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

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

En materia de carga de la prueba del deber de información, anotó:

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

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

Y por último, en cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho:

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

...

*Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:*

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

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

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en este aspecto de la ineficacia, de ahí que habrá de confirmarse este punto objeto de análisis, pues basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso, Protección S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió de haber brindado al señor ARANGO ÁLVAREZ en el traslado realizado a esta entidad, y no inferirse ésta del interrogatorio de parte que se le formuló, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía con el Régimen de Prima Media con Prestación definida. No está por demás agregar que el registro de voluntad de selección y afiliación que reporta el documento de la vinculación al RAIS, carece de eficacia probatoria, por las razones que quedaron expuestas en la providencia precedentemente referida.

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

Por lo demás, las restituciones anteriores, deberán efectuarse en el término máximo de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, según lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 692 de 1994, y bajo los lineamientos establecidos por el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016.

Para todo esto dicho, sirve de sustento las razones que al respecto ha dado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, v. gr. en sentencia SL1421-2019, Rad. 56174, en la cual se dijo lo siguiente:

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

*[...]*

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

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

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

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

*Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una*

*sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*

Conforme a lo concluido, es del caso entrar a examinar lo dispuesto en materia de pensión de vejez, no solo frente a la existencia misma del derecho, punto que se estudia por la vía de la consulta, sino el referente al momento en que se puede hacer exigible su pago.

Es un hecho incontrovertible en la actual controversia, atendiendo a la decisión de ineficacia del traslado de régimen pensional que se tomó, que las normas a aplicar en materia de pensión de vejez son las que existen en el régimen de prima media con prestación definida, sean las contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 del mismo año, con los límites que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o de manera plena esta última normatividad.

En el presente caso, tal como quedó establecido en los párrafos iniciales de estas consideraciones, el actor nació el 21 de enero de 1952, lo que quiere decir que para el 1 de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, lo que lo hace beneficiario de las reglas de la transición pensional establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, que se le aplique lo dispuesto en materia de edad, monto y número de semanas establecidas en el Acuerdo 049 antes citado: una edad de 60 años, una tasa de reemplazo máxima del 90% y 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo. El Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en parágrafo transitorio 4, complementando la anterior regulación, que la transición pensional no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo “... para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.



Ahora bien, como el demandante para la fecha de vigencia el Acto Legislativo citado tenía más de 15 años de servicios prestados, pues cotizó 5.425 días (archivo 02 págs. 47 a 54), lleva a concluir que es beneficiario del régimen de transición pensional establecido en el Acuerdo 049 de 1990, y como tiene más de 1000 semanas cotizadas, a las claras resulta que es titular del derecho a la pensión de vejez (archivo 2 pág. 46).

Aclarado lo anterior, e independientemente del momento en que el derecho pensional nació, es lo cierto, y es hecho que no se discute en el expediente, que el señor Arango Alvarez aún continúa cotizando al Sistema General de Pensiones, y esta circunstancia, al tenor de lo establecido en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 le impide entrar a disfrutar de la pensión de vejez, pues es indispensable el retiro o la desafiliación del régimen, hechos que aún no han ocurrido. Es cierto que la jurisprudencia laboral, para casos especiales, ha construido la teoría del retiro tácito, consistente en que la realización de determinados actos por parte del afiliado, no dejan duda de su intención de retirarse del sistema (SL8294-2017, SL21921-2017 y SL325-2018), pero en el presente caso ello no puede concluirse, pues si bien es cierto que reclamó en varias oportunidades su derecho a la pensión, cuando lo hizo a Colpensiones, él no era su afiliado y seguía cotizando, y por lo tanto, mal podría afirmarse que su voluntad era la de retirarse.

Atendiendo entonces a lo dicho, la Sala es del criterio que el demandante solo podrá disfrutar de su pensión de vejez cuando acredite los requisitos echados de menos, lo que se traduce en que la decisión de primer grado deberá confirmarse en este punto.

A igual conclusión se llega en lo que se refiere a la indemnización de perjuicios solicitada, pues siendo cierto que el traslado le generó un eventual daño al demandante, también lo es que disfrutó y ha disfrutado de todos los beneficios del régimen de ahorro individual, entre ellos, el de la garantía de pensión mínima en mejores condiciones de semanas (art. 65 Ley 100/93), o el de que su cuenta de ahorro individual, ante la ausencia de beneficiarios para la pensión de sobrevivientes, hace parte de la masa sucesoral (art. 76, ibídem), o a las prestaciones y beneficios adicionales establecidos en los artículos 85 y

ss del mismo estatuto, los cuales hacen imposible que los perjuicios se tasen en las supuestas mesadas pensionales dejadas de percibir desde el momento en que se adquiere el derecho a la pensión de vejez en el régimen de prima media. En otras palabras, entiende la Sala que el argumento del *a quo* en esta materia, y que no fue otro que el de la indeterminación de los perjuicios, se encuentra debida y cabalmente ajustado a derecho. En consecuencia, se confirmará tal decisión.

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

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esta vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL 795-2013 ya la Corte había adoctrinado que <<el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la **afiliación**, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión>>.*

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

Por último, dada la manera como se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las partes recurrente, se estima que en esta instancia no debe haber condena en costas (art. 365 CGP).

### DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia objeto de apelación y consulta, con la precisión que las restituciones a efectuar por parte de PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES deberán incluir no solo las cuotas de administración, sino también los descuentos realizados por seguros previsionales y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, todo dentro de los lineamientos establecidos en el artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016, y realizarse su reintegro en el término de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Sin costas en la instancia.

Notifíquese la presente decisión por

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



NANCY GUTIERREZ SALAZAR

**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:** 05001310501920210024801  
**Proceso:** Ordinario  
**Demandante:** JOHN JAIRO ARANGO ALVAREZ  
**Demandado:** A.F.P. PROTECCION S.A.  
**M. P.** CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES  
**Fecha de fallo:** 21/10/2022  
**Decisión:** CONFIRMA Y ADICIONA

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

Se fija hoy 24/10/2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
Secretario