

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veinte (20) de octubre de dos mil veintidós (2022), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **DÉBORA ELENA MONTOYA MONTOYA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-015-2021-00160-01.

AUTO

De conformidad con el memorial de sustitución de poder allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad RST ASOCIADOS PROJECT S.A.S. quien representa judicialmente los intereses de Colpensiones en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada ANYTA CAMILA MOSQUERA BETANCOURT, portador de la T.P. 340.503 del C. S. de la Judicatura, para que represente a Colpensiones en este proceso como apoderada sustituta.

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

1. ANTECEDENTES:

En lo que interesa resolver a esta instancia, la demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones, y como consecuencia de lo anterior se condene a COLPENSIONES a

reconocerle y pagarle la pensión de vejez a partir del día siguiente a su última cotización, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora, que se afilió al RPM administrado por el ISS en el año 1991, y que posteriormente en 1995 se trasladó al RAIS por medio de la administradora PROTECCIÓN S.A.

Manifiesta que PROTECCIÓN S.A. no le brindó una asesoría clara, comprensible, completa acerca del tema pensional toda vez que no le explicaron ni le brindaron información respecto de las características del régimen del ahorro individual, ni las diferencias, ni las modalidades pensionales que tiene el RAIS, ni las consecuencias si no acumulaba el capital mínimo para una pensión del 110%, ni que la edad de los beneficiarios incide en el reconocimiento de la prestación, ni la importancia del retracto verbal o escrito al que tenía derecho, ni acerca de los aportes voluntarios, ni que en caso de escoger una pensión anticipada al redimirse de manera anticipada el bono disminuiría su valor, ni que la redención del bono pensional en el caso de las mujeres es a los 60 años de edad, ni que el valor que se consigna en la cuenta de ahorro individual no era el 100% aportado toda vez que una parte se destinaria a pagar la prima mensual de la compañía de seguros y gastos de administración, ni le hablaron de las desventajas ni riesgos del RAIS, ni de quienes eran excluidos de la pensión de garantía mínima, ni que la pensión dependía de un capital acumulado, ni como era la forma de liquidar la prestación económica en el RAIS y que era diferente al RPM.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó desfavorablemente las pretensiones de la demanda, declarando que la afiliación de la demandante a PROTECCIÓN S.A. es válida y eficaz al demostrarse el cumplimiento del deber de información, motivo por el cual absolvió a las demandadas de todas y cada de las pretensiones incoadas por la parte demandante.

Para arribar a la anterior decisión, la *a quo* señaló primeramente que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que si bien en el presente proceso no se probó por parte de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. que haya cumplido con su deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales al momento en que la demandante se trasladó inicialmente al RAIS, en el interrogatorio de parte la demandante confesó que cuando se afilió a COLMENA fue en una reunión grupal donde le estaban vendiendo la idea que los fondos privados eran mejores ya que el ISS no estaba muy bien, y que le indicaron que el fondo privado funcionaba igual que el ISS solo que la administración era diferente, que uno de los beneficios era que iba a tener una pensión anticipada a los 50 años, pero que no le explicaron de manera específica cómo funcionaba el fondo sino que le indicaron que era similar al ISS y que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. cuando empezó a trabajar con el CESDE quienes le indicaron que se cambiara de fondo porque ellos solo manejaban el tema pensional con PROTECCIÓN, pero no hubo ninguna asesoría y que lo único que hizo fue firmar el cambio de fondo de pensiones, y que sí se le realizó una reasesoría por parte de PROTECCIÓN S.A y se le realizó una proyección pensional de la pensión que recibiría en cada régimen.

Indicó la Juez de primer grado, que en dicha proyección se le indicó a la actora que la pensión sería superior en Colpensiones aunque levemente, en la exposición de documentos la demandante reconoce la firma, pero indica que no recuerda si le dieron fecha límite para trasladarse de nuevo a Colpensiones, pero que si está en el documento asume que sí, señalando la *a quo* que aunque en principio el mero formulario, aun con la firma de la demandante, no tendría eficacia jurídica por no haberse acompañado con las proyecciones u otras pruebas documental que acreditaran que se dio una completa reasesoría, debe tenerse en cuenta que en este caso existió una verdadera confesión de la demandante frente a tal reasesoría, con lo cual quedó claro que sí le realizaron las proyecciones a que había lugar y que finalmente fue la demandante quien dejó vencer el plazo que tenía para trasladarse a COLPENSIONES y además de ello continuó realizando cotizaciones al RAIS

Concluyó la Juez de primer grado que si bien es consciente que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1688-2019 indicó que las reasesorías no tienen la aptitud ni vocación de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP en el momento del traslado, en este caso en particular no resulta razonable ni proporcional aplicar a rajatabla y de manera exegética dicha disposición jurisprudencial, pues quedó acreditado que en la reasesoría se le indicó a la demandante que no le convenía quedarse afiliada en PROTECCIÓN, constituyéndose un acto de buena gestión por parte de la AFP en el cual participó además la

demandante, con lo cual se entiende superada esa supuesta falta de información al momento del traslado inicial, acreditándose el cumplimiento del deber de información.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La sentencia fue apelada por el apoderado de la demandante, manifestando que se aparta de la decisión de la *a quo*, indicando que en la demanda se formulan negaciones indefinidas en los hechos 4,5,6,7,8,10 en las cuales PROTECCIÓN no cumplió con el deber de información, sin embargo, la juez termina argumentando que esa falta de información se suple con la reasesoria, lo cual no es cierto.

Manifiesta que si se analiza el primer traslado que fue realizado a COLMENA en el año 1995, brilla por su ausencia material probatoria que indique que fue debidamente asesorada por dicha entidad, pues a la demandante nunca se le explicó las diferencias de los regímenes ni las características, ni que son regímenes excluyentes por las características diferentes de los mismos y que la forma de liquidar las prestaciones económicas son totalmente diferentes, por lo que no se puede decir que con la reasesoria se convalida ese deber de información. Adicionalmente expone que tampoco se le explicó a la demandante qué es un aporte voluntario, cómo se distribuye el porcentaje de cotización, cómo se construye la prestación económica en el fondo privado, ni que el bono pensional en el caso de las mujeres se redime a los 60 años, es decir no le explicaron una información que era relevante para que la demandante estuviera informada.

Aduce que también le debían informar que sus herederos, en este caso sus padres, eran las personas que iban a impactar de manera positiva o negativa en la liquidación de las prestaciones económicas, pues esto marca una diferencia en el RPM dado que ambos regímenes son excluyentes.

Expone que respecto del traslado realizado por la demandante en 2001 a PROTECCIÓN S.A., en los alegatos la apoderada de dicha PROTECCIÓN comete un error al indicar que el formulario de afiliación que hay en la contestación de la demanda es de COLMENA, pero no es de COLMENA pues en la parte inicial dice el número de afiliación, por lo que la información es de PROTECCIÓN S.A. y no de COLMENA, adicionalmente el formulario no lo llenó la demandante, pues está no tuvo acercamiento con el asesor de PROTECCIÓN dado que fue una imposición por parte del empleador, dado que todo el personal de la empresa donde laboraba era afiliado a PROTECCIÓN, por lo que en esta afiliación se puede ver que no hay material

probatorio que demuestre que se convalidó el deber de información, pues tampoco le brindaron la información necesaria y relevantes para el cambio de administradora en el RAIS, y que la misma Corte Suprema de Justicia ha dicho que lo jurídicamente inexistente es inexistente, no se puede convalidar con el paso del tiempo, ni por prescripción.

Indica que en cuanto a la reasesoría, si el despacho se aparta de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que es precedente obligatorio y dice que dicha reasesoría suple la falencia de la información que debían brindar las AFP'S en 1995 y 2001, esta reasesoría tenía que ir acompañada por lo menos de los temas que eran álgidos en este caso, como las características de los regímenes, diferencias, y debían indicar como se liquidaba o construía la prestación económica en cada régimen, por lo que esa reasesoría debía tener una cobertura más amplia donde se pudiera concluir que si existió una verdadera reasesoría. Pues esos actos de relacionamiento tienen que tener una connotación que tiene que tener la misma reasesoría con falencias, pero no hay prueba de esas reasesoría en los actos de relacionamiento, dado que no se puede suponer que la demandante está bien informada y que esa decisión es consiente y voluntaria.

Aduce que al hablarse de un derecho pensional que es un tema que impacta para toda la vida de los afiliados, se debe verificar de manera material y real el deber de información, por lo que la reasesoría no cumple realmente con lo que el despacho indica que se convalida.

Expone que en cuanto a los cálculos que realizó PROTECCIÓN S.A. se encuentran unas falencias que no se le explicaron a la demandante, por ejemplo, cómo se calcula la prestación económica en el RAIS, ni cómo funcionan y operan dichos cálculos para poder llegar a la conclusión del valor de la mesada pensional, así mismo indico que las simulaciones aportadas por dicha entidad no se realizaron de forma correcta.

Manifiesta que, de acuerdo a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, y las Sentencias SL 3349 de 2021, SL 3706 de 2001, solicita al Tribunal Superior de Medellín se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizo la demandante, puesto que el deber de información es una obligación y en el este caso no se cumplió, por lo tanto ese acto jurídico y los actos de relacionamiento no se pueden convalidar con el paso del tiempo. Así mismo que al declararse la ineficacia del traslado se condene a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez, toda vez que la demandante tiene más de 1300 semanas cotizadas y está probada la novedad de

retiro al sistema en junio de 2021, adicionalmente que se le otorgue un término a COLPENSIONES para reconocer dicha prestación económica y de no ser así se condene a dicha entidad al pago de intereses moratorios.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la parte demandante y de Colpensiones allegaron escritos de alegatos de conclusión, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE.

Señores magistrados, en la demanda se formulan negaciones indefinidas en los hechos formulados en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, negaciones que de conformidad con el artículo 167, del CGP quien debe demostrar el hecho positivo es la entidad demandada, a hora bien, en el plenario no obra prueba que indique que la AFP COLMENA para esa época 26 de abril de 1994, haya cumplido con el deber de información, o por menos con el buen consejo que establece el artículo 97 numeral primero del *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, según el cual 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", por lo anterior la mejor opción del mercado se traduce en el un buen consejo que nunca tuvo la demandante en el presente proceso, además el artículo 38 del Decreto 692 de 1994.

En el proceso no existe prueba que LA AFP COLMENA para el 26 de abril de 1994, le haya brindado información clara, completa y transparente a la demandante sobre las características, diferencias de los regímenes pensionales, riesgos y desventajas de los regímenes.

Ahora bien, el archivo de folio 47 del archivo 7 del PDF CONTESTACION DE PROTECCION SA. de dicho documento tampoco se desprende que para el año 19 de enero de 2001, calenda cuando la demandante realizó traslado entre administradoras del RAIS hacia PROTECCION SA. se haya dado información a la actora sobre las características, diferencias de los regímenes, o por lo menos le hubieran explicado cómo se construye la pensión de vejez en el RAIS, características del bono pensional con las mujeres, como tampoco sobre los riesgos o desventajas, y si quería asumirlos.

Respecto a la Re asesoría visible a folio 50 del archivo 7 del PDF, debe decirse que esta llama la atención porque realizan dos proyecciones una en el RAIS como pensión anticipada pero los cálculos son para la fecha que cumple los 57 años de edad, es decir que no es anticipada y la del RPMCD a los 57 años de edad que da inferior, sin embargo en el documento reasesoria visible a folio 49, no se deja constancia del porque la actora aplaza la decisión y que se le haya explicado los riesgos y las consecuencias negativas de no realizar el regreso al RPMCD y que era la última oportunidad para hacerlo, es decir que en la casilla observaciones no se deja constancia que se le dio un buen consejo a la demandante, además en este acto de relacionamiento no se le explica a mi poderdante sobre las características de los regímenes.

El acto de relacionamiento de reasesoria no cumple con las características de una información clara, completa transparente, además no se advierte sobre el riesgo de permanecer en el RAIS.

La Corte Suprema de Justicia ha enseñado que la INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL es insanable véase las sentencia SL 1452 D 2019 Y LA SL 1688 DEL 2019 del 8 de mayo de 2019, y no se convalida por actos posteriores ni por prescripción.

POR TODO LO ANTERIOR SEÑORES MAGISTRADOS SE DEBE REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y SE DEBE DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN CON TODAS LAS CONSECUENCIAS.

Igualmente, señores Magistrados, se debe reconocer la pensión de vejez toda vez que mi poderdante cumple con los requisitos exigidos por la ley 100 de 1993, esto es tener 57 años de edad y más de 1300 semanas, igualmente condenar a Colpensiones a la indexación de la condena.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Sea lo primero solicitarle al despacho, acoger la sentencia proferida por el juzgado 15 laboral del circuito de Medellín, en donde se declaró que la afiliación de la señora DEBORA ELENA MONTOYA MONTOYA a PROTECCION S.A., es válida y eficaz, al habersele realizado una Re-asesoría con la que se cumplió el deber de información, y en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Cabe resaltar, que conforme lo estipulado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993: “(...) Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez (...)”.

Cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado (según se advierte en las sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, rad. 56174) hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir:

i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración.

Ahora bien, en cuanto a la pretensión de declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS (AFP PROTECCION S.A.) y consecuentemente se ordene la afiliación o reactivación de la afiliación al RPMPD hoy a cargo de COLPENSIONES, solicito respetuosamente al honorable tribunal superior de Medellín - Sala Laboral, tener presente al momento de proferir la sentencia, lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en donde se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano.

En consecuencia y en aplicación al artículo antes mencionado, la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la reactivación de su afiliación, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia T-489 de 2010

Ahora, en cuanto al tema de la información brindada por el fondo al momento de realizar el traslado sería prudente entrar a valorar la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado y no imponerles a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Finalmente, si es decisión del despacho conceder las pretensiones del demandante, solicito tener en cuenta que Colpensiones como Administradora del Régimen de Prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la señora DEBORA ELENA

MONTOYA MONTOYA y la AFP PROTECCION S.A.; por lo cual solicito no haya condena alguna para la entidad que represento, y condenar a la AFP PROTECCION S.A., a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del Despacho.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

En caso de declararse la ineficacia ante referida, se decidirá, se si la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y en caso afirmativo, los términos en que dicha prestación debe ser reconocida de ser procedente la condena.

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

6. CONSIDERACIONES:

La Sala se ocupará del estudio de recurso de apelación, con apego al imperativo contenido en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social, según el cual: *“La sentencia de segunda instancia... deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

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

La Juez de primera instancia, despachó de manera desfavorable las pretensiones de la demanda y absolvió en consecuencia de las mismas a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, argumentando que quedó debidamente acreditado que PROTECCIÓN S.A. le brindó a la demandante una reasesoría pensional cuando esta

estaba próxima a cumplir los 47 años de edad, en la cual le realizó proyecciones pensionales y le suministró una completa información acerca de la diferencia en la liquidación y el monto de la pensión de vejez en ambos regímenes, señalándole que en el RPM obtendría una mesada pensional superior a la que le correspondería en el RAIS, reasesoría con la que, a su juicio, se entiende superada esa supuesta falta de información al momento del traslado inicial, acreditándose el cumplimiento del deber de información.

El apoderado de la demandante, apela la sentencia y solicita revocar la misma y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, con los argumentos que quedaron ampliamente descritos en el acápite correspondiente.

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

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

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

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que la actora, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, como se advierte de la historia laboral emitida por dicha entidad que obra a folios 49 a 52 del documento 06 del expediente digital, se afilió a la administradora del RAIS COLMENA el 26 de abril de 1995, como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 47 del documento 07 del expediente digital, y posteriormente a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 19 de enero de 2001 con efectividad al 1° de marzo de dicha anualidad como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 48 del documento 07 del expediente digital.

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1995 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:00:30 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (Documento 14 del expediente digital), como bien lo sostiene la recurrente, no se advierte que además de indicar que el asesor de COLMENA le manifestó que el fondo privado funcionaba igual que el ISS solo que era otra administración y que podía pensionarse a menor edad, esta haya confesado que el asesor de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no se advierte que haya confesado que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

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

En el presente caso, como ya se anotó, la Juez de primer grado, consciente de la existencia de la línea jurisprudencial reiterada y pacífica que ha acuñado la SCL de la CSJ respecto a la ineficacia de traslado de regímenes pensionales, admitiendo a su vez, de que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. no cumplió con su deber de información al momento del traslado inicial de la demandante acaecido en el año 1995, resolvió apartarse de la jurisprudencia de la Corte para concluir que la reasesoría que le brindó la AFP PROTECCIÓN a la demandante cuando esta contaba con 46 años de edad resultaba suficiente para dar por cumplido el deber de información, entendiendo superada esa falta de información al momento del traslado inicial.

Analizado el anterior argumento, se advierte por parte de esta superioridad que la decisión de primer grado está destinada a ser revocada, en tanto contraría, sin mayores argumentos de fondo, uno de los pilares de la jurisprudencia desarrollada por la SCL de la CSJ desde el año 2014 en que se comenzó a acuñar el concepto de

ineficacia del traslado, que no es otro, que el de entender que al declararse ineficaz el acto jurídico de afiliación o traslado de régimen pensional como consecuencia de la inobservancia del deber de información, se entiende que el mismo nunca existió o nunca nació a la vida jurídica y por ende jamás produjo ningún tipo de efecto o consecuencia jurídica, lo que por genera a su vez que el acto jurídico, a diferencia de lo que ocurre en el régimen de las nulidades, no resulte susceptible de saneamiento o de ratificación por algún medio, tal y como lo ha señalado reiteradamente el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en sentencia SL1688-2019, ratificada en sentencias SL4705-2021, en la que se señaló lo siguiente:

“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 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

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

Señalando más adelante lo siguiente:

“La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insanable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”

Así las cosas, encuentra la Sala acertados los argumentos expuestos por la parte demandante en contra de la decisión de primera instancia y por tal motivo se revocará la decisión del *a quo* de declarar que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1995 fue valido y eficaz, y en su lugar se declarará ineficaz el traslado que realizó la demandante en el año 1995, cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLMENA hoy

PROTECCIÓN S.A. y se dispondrá su retorno inmediato al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones sin solución de continuidad.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las entidades demandadas al dar respuesta a la demanda, encuentra la Sala, que bajo la óptica jurisprudencial actual de la ineficacia del traslado de régimen introducida por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, tal y como lo señaló la SCL de la CSJ en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019 con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Ahora, en cuanto a la pretensión de la demanda de ordenar a PROTECCIÓN S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones de la demandante, encuentra la Sala que tal pretensión resulta procedente, dado que, al declararse la ineficacia del acto de traslado, es claro que ningún efecto jurídico puede derivarse de este y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido PROTECCIÓN S.A. como producto de las cotizaciones de la demandante, es decir, el 100% de las cotizaciones, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a los gastos o comisiones de administración, incluido los porcentajes destinados a pago de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, pago de prima de reaseguro de Fogafín, al igual que el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues se reitera, al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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

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

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

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

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

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

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

La pretensión encaminada a obtener la pensión de vejez, derecho que se estudiará bajo los parámetros de la ley 797 de 2003, pues como se dijo en precedencia, la demandante no reúne los requisitos del artículo 36 de la ley 100 de 1993 para ser beneficiaria del régimen de transición de pensiones de vejez.

La Ley 797 de 2003 señala en su artículo 9 los siguientes requisitos para obtener la pensión de vejez:

- **Edad:** A partir del 1o. de enero del año 2014, cincuenta y siete (57) años para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
- **Semanas:** un mínimo de 1.300 semanas a partir del año 2015.

En el caso de la demandante nació el 12 de junio de 1963, según se anota en la copia de su cédula de ciudadanía que reposa a folio 30 del expediente (Documento 01 del expediente digital), cumpliendo entonces los 57 años el 12 de junio de 2020.

Ahora respecto de la densidad de semanas, la actora acredita 1.452,86 semanas cotizadas, a corte al mes de junio del año 2021, según se verifica de la historia laboral visible a folios 56 a 72 del plenario (documento 07 del expediente judicial), por lo que le asiste derecho a la pensión demandada.

Ahora, en cuanto al disfrute de la pensión de vejez, además del cumplimiento de los requisitos mínimos de edad y densidad de cotización o tiempo de servicio, es necesario tener en cuenta que la Ley 100 de 1993, consagra en el inciso 2º del artículo 31, que al Régimen de Prima Media con Prestación Definida le *“Serán aplicables las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en la citada ley.”*, de tal manera que como el derecho pensional de la demandante debe ser reconocido conforme al régimen de prima media con prestación definida, es por ello que le son aplicables las disposiciones vigentes para los seguros de IVM a cargo del I.S.S., en lo que respecta a la causación y disfrute de la pensión, pues la ley 100, no trajo disposición que regulara o modificara este aspecto y es de esta manera que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, estipula literalmente que:

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

Respecto de la desafiliación del sistema pensional, la SCL de la H. CSJ ha precisado que ella en principio se materializa reportado positivamente la novedad del retiro pensional, pero que no es esta la única forma de dar a conocer la intención de desafiliación para entrar a disfrutar de la citad prestación, pues ella se puede deducir de varios hechos, como lo son cesar en el pago de los aportes pensionales cuando ya se ha cumplido los requisitos legales para obtener la pensión y peticionar el reconociendo de la pensión, como lo ha sostenido la SCL de la H. CSJ entre otras en una de las más recientes sentencias la de radicación 47.236 del 06 de abril de 2016.

Para el caso concreto, en virtud a que el reporte de semanas cotizadas en pensiones que milita a fl. 56 a 71, tiene fecha de expedición 10 de junio de 2021 y que la demandante al rendir su interrogatorio de parte en este proceso el día 27 de septiembre de 2021 indicó que su ocupación laboral para el momento de la declaración era trabajadora de una empresa privada, es claro que no se cuenta en el plenario con el material probatorio suficiente que le permita a la Sala establecer si ya se produjo la desafiliación del sistema general de pensiones (expresa o tácita) de la demandante, y por ende no es posible determinar la fecha a partir de la cual deba darse el disfrute de la prestación, motivo por el cual, se condenará a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez a la demandante una vez acredite su desafiliación del sistema general de pensiones, la que deberá liquidar COLPENSIONES, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, en el número de 13 mesadas pensionales al año, acorde con lo consagrado en el Acto Legislativo 001 de 2005, dado que el derecho pensional se causó con posterioridad del 31 de julio de 2011.

Respecto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no resultan procedentes en este caso, en razón a que la pensión de vejez que se reconoce es resultante de la declaratoria de ineficacia del traslado, de dónde provino la imposibilidad de Colpensiones de reconocer el derecho en sede administrativa, toda vez que la demandante se encontraba afiliada a un régimen pensional diferente y los recursos económicos se hallaban en poder de una entidad diferente y, solo por virtud de la presente declaración de ineficacia Colpensiones adquiere la obligación de conceder la pensión.

Finalmente se declarará que la actora deberá aportar de las mesadas pensionales que se le deba pagar, el porcentaje legal para el sistema de salud, conforme lo ha adoctrinado la sala de casación laboral de la CSJ en reiteradas sentencias, por lo que respecto de las mesadas pensionales retroactivas que deba llegar a pagar Colpensiones, se descontar el citado aporte para el sistema de seguridad social en salud.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada será REVOCADA y en su lugar se accederá a las pretensiones de la demanda, en los términos anteriormente expuestos.

Las COSTAS de primera instancia correrán a cargo de PROTECCIÓN S.A. y en favor del demandante. Las agencias en derecho, serán fijadas por la *a quo*.

SIN COSTAS en esta instancia por haber salido avante el recurso de apelación.

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 27 de septiembre de 2021 proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **DÉBORA ELENA MONTOYA MONTOYA** contra **COLPENSIONES**, y **PROTECCIÓN S.A.**, para en su lugar:

- **DECLARAR** la INEFICACIA del traslado efectuado en el año 1995 por la señora DÉBORA ELENA MONTOYA MONTOYA, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.
- **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, seguro Fogafín, y garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.
- **ORDENAR** a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante DÉBORA ELENA MONTOYA MONTOYA al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído.
- **DECLARAR** que la señora DÉBORA ELENA MONTOYA MONTOYA, le asiste derecho a disfrutar de la PENSIÓN DE VEJEZ, conforme lo dispuesto por el artículo 9° de la ley 797 del año 2003.
- **CONDENAR** a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora DÉBORA ELENA MONTOYA MONTOYA, la pensión de vejez a partir del momento en

que esta acredite su desafiliación del sistema general de pensiones, prestación que deberá liquidar en su momento COLPENSIONES, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, en el número de 13 mesadas pensionales al año.

- **ORDENAR a COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional que deba cancelar a la demandante, el valor del porcentaje legal de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud causadas.
- **NEGAR** la pretensión de condena a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: Las COSTAS de primera instancia correrán a cargo de PROTECCIÓN S.A. y en favor del demandante. Las agencias en derecho serán fijadas por la *a quo*.

Sin costas en esta instancia.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Firmado Por:

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

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

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **5a170a1b4a8694218241159398b46673ade2a995f38c99842cee529b332f5d12**

Documento generado en 20/10/2022 02:52:32 PM

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