

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE TRÁMITE Y FALLO

El veinte (20) de abril de dos mil veintiuno (2021), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, se constituyó en audiencia, con el fin de resolver el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **LUZ ELENA VÉLEZ FLÓREZ**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.), tramitado bajo el radicado No. 05001-31-05-009-2017-00522-01.

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

La demandante pretende con la demanda, que se declare la ineficacia o nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual con Solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM), con el reconocimiento a cargo de COLPENSIONES de la pensión de vejez, con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o indexación. Igualmente se peticiona en la demanda, que PROTECCIÓN S.A., asuma de su propio peculio, las mesadas pensionales que ya pagó como pensión anticipada de vejez a la demandante.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la demandante, que nació el 21 de junio de 1959. Que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES el 8 de septiembre de 1980, posteriormente, el 1º de octubre de 1995, se trasladó PROTECCIÓN S.A.

Asegura, que para la fecha en que se afilió a PROTECCIÓN S.A. contaba con 36 años y 829.57 semanas cotizadas y cuenta con 1.675 sufragadas en toda la vida laboral.

Señala que PROTECCIÓN S.A. mediante comunicado de 16 de enero de 2013 aprobó a la solicitud de pensión de vejez anticipada bajo la modalidad de retiro programado suscrita el 1º de agosto de 2012 con una mesada pensional de \$1.210.163.

Señala que al efectuar el cálculo del ingreso base de liquidación durante los últimos 10 años y aplicarle una tasa de reemplazo del 90% tendría derecho a una mesada pensional para el año 2012 por la suma de \$5.019.779.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* despachó de manera desfavorable las pretensiones de la demanda, absolviendo a las demandadas de la totalidad de las pretensiones instauradas en su contra.

Para negar las pretensiones de la demandada el *a quo* argumentó básicamente que en la demandada no se hizo ninguna afirmación negativa relacionada con la falta de información, lo que se pretende es aducir un error de hecho, pero no se hace ninguna imputación en la demanda para sustentar la nulidad. No advierte que se sustentara en los hechos de la demandada que el acto de traslado haya sido ineficaz o que PROTECCIÓN haya hecho incurrir al demandante en un vicio del consentimiento, solo se pide se declare la nulidad o ineficacia, pero no señala por qué razón o circunstancia se produjo, por lo tanto, no habría asunto que tenga que acreditarse por la accionada.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada judicial de la DEMANDANTE interpuso recurso de apelación indicando que si bien en la demandada no se dijo o se señaló textualmente que el fondo incurrió en error, fuerza o dolo, el fondo tenía que demostrar que sí asesoró pues en el hecho 16 se dice que mediante derecho de petición elevado el 6 de abril se solicitó a PROTECCIÓN los soportes de las proyecciones realizadas a la demandante en el momento de la asesoría y todos los documentos que acompañaron y que PROTECCIÓN responde que no cuenta con estos documentos.

Alega que lo que ha dicho la jurisprudencia es que esos fondos tienen el deber legal de demostrar la asesoría y para eso es el proceso, es decir para que demuestre que la brindó y que en este caso no lo acreditaron y los hechos negativos no son susceptibles de demostración.

Que solicita se revoque la decisión se tengan en cuenta las sentencias de la Corte que tienen la misma línea jurisprudencial la que está desconociendo el juez, por lo tanto, solicita se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

4. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales de la demandante y Protección S.A. presentaron oportunamente escrito de alegaciones.

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

La apoderada de la demandante solicita en los alegatos revocar la sentencia argumentando resumidamente que, tal y como se sostuvo en el recurso de apelación presentado en la oportunidad procesal pertinente, la decisión del a quo es totalmente desacertada y contraria a jurisprudencia que sobre el tema ha edificado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, además de haberse efectuado en la primera instancia una valoración probatoria muy desacertada.

Debe tenerse presente en la segunda instancia, la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha dejado mucho más clara la línea jurisprudencial que sobre el tema se viene manejando desde el año 2008 cuando aparecieron inicialmente las sentencias de nulidad del traslado de régimen pensional, hasta que en el año 2014 se comenzó a tratar este tema como una ineficacia del traslado, que es la postura que de manera pacífica se trae hasta el momento.

Se hace necesario traer a colación la sentencia SL 1452 del 03 de abril de 2019 en la cual la Sala de Casación concretó su línea jurisprudencial en el siguiente sentido:

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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado. 2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y, además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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 y 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 SL19447-2017 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 SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un 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 dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado. 3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez. Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. Conforme lo anterior, el Tribunal cometió un tercer error jurídico al no imponerle la administradora accionada la carga de demostrar el

cumplimiento de su deber de información y, contrario a ello, exigirle al demandante acreditar el ofrecimiento engañoso de mejores condiciones pensionales en la AFP.

El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado – No es necesario estar ad- portas de causar el derecho o tener un derecho causado La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas. Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. 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. De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal cometió todos los errores imputados, primero, al sustraerse de su deber de verificar si la AFP brindó al afiliado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; segundo, al plantear que la suscripción del formulario de afiliación era suficiente para materializar el traslado; tercero, al invertir la carga de la prueba en desfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse.

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede arribarse a otra conclusión, de que la sentencia de primera instancia es totalmente desacertada y desconocedora del precedente judicial que por más de 10 años ha construido la Sala de Casación Laboral como órgano de cierre de esta jurisdicción, pues está claro que a la demandante, el fondo demandado, en ningún momento le dio una asesoría clara, completa y eficiente, como para concluir que tuvo la capacidad y el conocimiento al

momento del traslado de régimen pensional, para poder comparar las consecuencias y beneficios que dicho cambio acarrearía en su futuro pensional, pues como se observa en el plenario, el fondo demandado sólo se limitó a efectuar la afiliación, sin dar ningún tipo de asesoría a mi poderdante, desconociendo que así se lo indicaba el Estatuto Financiero contenido en el Decreto 663 de 1993, así como la misma Ley 100 de 1993.

La jurisprudencia aplicable al caso que nos convoca claramente ha señalado que es el fondo que efectuó el traslado de régimen quien tiene la carga de demostrar que cumplió con ese deber de información, lo que en el caso que nos convoca brilla por su ausencia, pues tampoco existe en el proceso una confesión de la demandante en ese sentido. Así las cosas, el traslado de régimen efectuado por la actora el 05 de septiembre de 1995, es ineficaz, ya que no existió un consentimiento informado que permita concluir que la decisión se tomó de manera libre y voluntaria, tal y como lo señala el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 271 de la misma ley.

Por lo antes expuesto, se solicita a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, que proceda a revocar la sentencia de primera instancia, para que en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. argumenta resumidamente en los alegatos que, la sentencia debe ser confirmada, pues conocía la demandante con suma diligencia, que además indica TODA LA INFORMACIÓN le fue suministrada por PROTECCIÓN S.A., que conocía de la existencia de dos regímenes pensionales diferentes, las diferentes regulaciones en cada uno de ellos. Conocía la destinación de los recursos en el RAIS y en el RPM. Conocía la posibilidad de pensionarse anticipadamente y que le explicaron que en el RAIS la mesada dependía de su capacidad de aportes, contrario al RPM. Conocía que para pensionarse anticipadamente, es decir, a menor edad que la requerida en el RPM se requería de tener un capital mínimo, un saldo suficiente en la cuenta de ahorro individual.

Sobre la debida asesoría al inicio y durante la relación de afiliación, indicó que cuando le promovieron el traslado conocía que no tenía consecuencias por no trasladarse. Y más relevante aun, que había constante presencia de asesores de Protección en el sitio de trabajo. Por lo que se concluye un acompañamiento

permanente y un cumplimiento por parte de mí representada de sus obligaciones como administradora.

Ahora, si el Honorable Tribunal decidiera revocar la sentencia, tema que estimamos improbable, pues contrario a la tesis sostenida por la respetada corporación, el proceso que nos ocupa evidencia un absoluto conocimiento del demandante, solicito se tenga en cuenta los siguientes argumentos:

Si prosperase la declaratoria de ineficacia como lo pretende la demandante, es claro que no existe detrimento patrimonial ni para ella ni para el fondo receptor, pues este último recibe los aportes con los rendimientos, este último no incurrió en gastos de administración finalidad de la disposición indicada en el artículo 13 y 20 de la ley 100, Contrario a lo que sí tuvo que hacer la administradora del RAIS que de buena fe administro y asumió los riesgos en atención y con apego a la disposición legal, lo que conllevaría a un rompimiento del equilibrio de las cargas financieras y administrativas de la sostenibilidad del régimen de ahorro individual e inclusive del sistema general de pensiones.

Al perseguirse la declaratoria de ineficacia de un acto, y su consecuente inexistencia a la vida jurídica obsérvese como no se genera afectación o perjuicio alguno al demandante, pues toda vez, con la declaratoria de la misma el afiliado sin solución de continuidad continua en el fondo de prima media, quien asume la prerrogativa de pensión de vejez, pero que como el mismo se dio con posterioridad quien asumió la carga administrativa como hecho realidad fue el RAIS amparando los riegos dispuestos por la ley, para ambos regímenes indistinto del administrador, por lo cual no es dable la aplicación de dicha sanción ni siquiera atribuible en un escenario de culpa leve.

El primero de ellos por la inexistencia del perjuicio tanto para el afiliado- entrega de su cuenta con rendimientos financieros inclusive superiores a los que pudiera obtener en el régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones, es decir, la cuenta genero unos frutos y ganancias de rentabilidad.

Y el segundo en cuanto en igual sentido recibe el régimen de prima media hoy Colpensiones, un afiliado con unos rendimientos administrados en mayor proporción al que el régimen de prima media les entrega a sus afiliados, así mismo, dispone la ley que el 3% en dicho régimen también se traslade a fin de los gastos de administración y asegurabilidad en sobrevivencia e invalidez.

Es por ello se reitera la obligación únicamente será procedente para la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados con la buena gestión de PROTECCIÓN, pero NO es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera y emolumentos para los cuales si aplica conforme la disposición normativa la prescripción, elemento que debe ser analizado por el operador en caso de ordenar su devolución, en tanto se reitera dicho emolumento no hace parte del porcentaje del afiliado para la conformación de su derecho de la seguridad social en pensión y en segundo lugar la afiliación no deja de ser un acto jurídico, y se desprenden unos efectos que guardadas proporciones serían los frutos generados.

Lo anterior se concluye también a la luz de lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad “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; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca PROTECCIÓN debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los

rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

De igual forma se produjo un aseguramiento por riesgos que, en el evento de haberse materializado hubiera operado con independencia de la validez de la afiliación, luego retrotraer los efectos no puede extenderse a aquello.

Así las cosas, se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y ésta última la comisión de administración al afiliado, toda vez que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron haber existido rendimientos.

La teoría de las prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la Sentencia con Radicado No. 31989 del nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008), Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, cuando manifestó que *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”*. (cursiva nuestra).

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER.

El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si es legalmente procedente declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, y si de ser procedente la referida ineficacia, debe condenarse a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor de la actora. Igualmente, de decidirse positivamente la pretensión de ineficacia del traslado de régimen pensional, es necesario resolver la pretensión de que se condene a PROTECCIÓN S.A. asuma de

su propio peculio, las mesadas pensionales que ya pagó como pensión anticipada de vejez a la demandante.

Tramitado el proceso en legal forma, y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la apelación de la sentencia de primera instancia, conforme a lo dispuesto en los Art. 10 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

6. CONSIDERACIONES:

A través de la presente acción judicial, la demandante pretende que se declare la ineficacia, de su traslado al RAIS, ordenando su retorno al RPM administrado por COLPENSIONES.

Para resolver la apelación, es necesario manifestar, primeramente, 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 tal traslado debe partir de la cabal y completa asesoría jurídica 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 respecto del referido acto jurídico de traslado, es posible que el mismo sea nulo, por haberse incurrido en error, fuerza o dolo, o ineficaz, cuando no se cumpla 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, conforme la jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia.

Leída la demanda, si bien en ella se solicita que se declare la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional, no se expresa ningún argumento fáctico de las razones por las cuales se solicita la nulidad deprecada, pues el único argumento de hecho que se anota es que, al efectuar el cálculo del ingreso base de liquidación durante los últimos 10 años y aplicarle una tasa de reemplazo del 90% la demandante tendría derecho a una mesada pensional para el año 2012 en suma de \$5.019.779, lo que de ninguna manera se puede constituir fundamento para declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, como pasa a explicarse:

El monto de la pensión que obtendría la demandante en el régimen pensional de ahorro individual, depende de situaciones económicas y financieras favorables o no respecto de los negocios que realizan los fondos de pensiones privados en el mercado para obtener dividendos o rendimientos financieros sobre los ahorros de las cuentas pensionales de sus afiliados.

Igualmente en el RAIS como en el RPM, en el monto de la pensión, influyen situaciones futuras del afiliado, que pertenecen al mundo del azar, unas y a decisiones libres del afiliado otras, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona de muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en el monto de la pensión, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando en los últimos 10 años con el mismo salario, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Es decir que el monto de la pensión en el RAIS, constituye una azar, que puede ser favorable o perjudicial al afiliado dependiendo de los vaivenes de la economía, y de las decisiones del afiliado, no pudiéndose entonces, el monto de la pensión fundar nulidad o ineficacia del traslado.

Ahora en este caso, la actora no ha manifestado en los hechos de su demanda, que al momento de producirse el traslado, se haya incurrido en error, fuerza o dolo, o que no se le suministró la debida asesoría por parte de la PROTECCIÓN S.A. y por ello no podía el juez de oficio considerar tales hechos, ni exigir prueba a la demandada de la asesoría que le hubiere suministrado a la demandante al momento del traslado.

De otra parte, de lo anotado en el hecho décimo sexto, no se puede derivar como se aduce en la apelación, que se haya expresado falta e suministro de la debida asesoría, pues en él se anota lo siguiente:

“DECIMO SEXTO: Mediante comunicación del 11 de abril de 2017, con radicado CAS758604-R2B9C3, la AFP PROTECCIÓN S.A., da respuesta al Derecho de Petición allegado ante dicha entidad el 6 de abril de 2017, sin brindar ningún tipo de soporte de las proyecciones económicas efectuadas al momento de la asesoría previa al traslado, anexando copia del formulario de afiliación ante dicha entidad, como prueba de su "vinculación libre y voluntaria" e indicando no contar con soporte alguno de la asesoría brindada a cada afiliado al momento de su afiliación.”

Como se puede apreciar en tal hecho lo que se aduce es que PROTECCIÓN S.A., da respuesta a derecho de petición de la actora, sin brindar ningún tipo de soporte de las proyecciones económicas efectuadas al momento de la asesoría previa al

traslado, como prueba de su "vinculación libre y voluntaria" e indicando no contar con soporte alguno de la asesoría brindada a cada afiliado al momento de su afiliación, sin embargo el hecho que PROTECCIÓN S.A., no haya suministrado a la actora proyecciones económicas efectuadas al momento de la asesoría previa al traslado o que no cuente con soporte alguno de la asesoría brindada a cada afiliado al momento de su afiliación, no quiere decir que la asesoría no haya sido efectuada, ni que ella haya sido deficitaria.

Conforme lo anotado en precedencia, no podía el juez como se afirma en la apelación, estudiar el caso de la actora, bajo la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre el deber que tienen los fondos de pensiones de demostrar el suministro de la referida asesoría.

Pero es más de haberse plantado en la demanda la falta de asesoría en comento, tampoco sería procedente, la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, en atención a que en este asunto se presenta una situación especial y es que a la demandante según consta en los documentos de folios 59 a 61 del expediente, se le reconoció pensión de vejez por la AFP PROTECCIÓN S.A. en la modalidad de retiro programado, a partir del 1 de agosto de 2012.

En ilación con lo anterior, es pertinente para la Sala, acoger la sentencia de unificación proferida por la Sala Especializada Laboral de este Tribunal el 14 de agosto del año 2019, en el proceso con radicado 05001-31-05-007-2015-01295-01, Magistrado ponente ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, en observación a lo previsto en el inciso último del artículo 35º del Código General del Proceso, concordante con el también último inciso del artículo 10º del Acuerdo PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 del Consejo Superior de la Judicatura, con la que se fijó precedente judicial unificado con relación a la ineficacia del traslado de régimen de quien ostente la calidad de pensionado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, providencia en la que se anotó lo siguiente:

“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: Art. 107. CAMBIO DE PLAN DE CAPITALIZACIÓN O DE PENSIONES Y DE ENTIDADES ADMINISTRADORAS. Todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora.

(...)

Tal como se señaló anteriormente, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 busca alcanzar al menos dos fines claramente identificables: (i) garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente de los recursos del régimen de pensiones de ahorro individual con solidaridad; y (ii) asegurar la estabilidad financiera y la rentabilidad de las inversiones de la entidad administradora o aseguradora.

Estos dos fines están estrechamente ligados a los fines constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad que orientan la prestación y ampliación de la cobertura de la seguridad social, en general, y del sistema general de pensiones, en particular. Por ello, garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente y asegurar la estabilidad y la sostenibilidad del sistema, constituyen fines legítimos y constitucionalmente importantes en un Estado Social de Derecho como el 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.

Este Tribunal, a través de su Sala Primera de Decisión Laboral, con ponencia del Magistrado Hugo Alexander Bedoya Díaz, realizó una fértil distinción entre el momento de la afiliación y aquel en que se empieza a disfrutar la pensión, que refuerza la razonabilidad del enfoque que en el caso que nos ocupa. Dice así la providencia, con radicado 00873, proferida el 18 de septiembre de 2018, que constituye un comienzo de precedente horizontal:

Ahora, retrotrayéndonos al estudio de la improcedencia de que se declare la inexistencia del traslado en este caso en particular, la sala se remite a la sentencia SL17595-2017 con radicado 46.292 MP Dr. Fernando Castillo Cadena en donde en forma concreta se dijo "... Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (...)", entendiéndose con este último aparte de la providencia que si la información exigida data desde antes de la afiliación y hasta las condiciones del disfrute de la pensión, ello implica, que una vez reconocida la pensión de vejez esa falta de información se entiende superada con la celebración del nuevo acto jurídico adelantado por la afiliada y que corresponde a la solicitud de la pensión de vejez a la sociedad Porvenir S.A y al reconocimiento y pago de la prestación económica, pues solo tenía la posibilidad de alegar la falta de información previo al disfrute de la prestación económica y no con posterioridad a ella, como ocurre en este evento.

Por último, ha de reiterarse por esta Sala que sostener la tesis de la ineficacia de la afiliación para pensionados del régimen de ahorro individual es un camino que puede conducir a situaciones del todo insostenibles, por cuanto la consolidación de ese nuevo estatus supone en muchos casos la participación de terceros de buena fe, como cuando se ha optado por pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia y se ha contratado con una aseguradora su pago. Las palabras de la Corte Constitucional, en la mentada sentencia C-841 de 2003, acuden con autoridad para esclarecer ese reductio ad absurdum. (...)

Así mismo, ha de señalarse que, en la providencia a que se hace referencia en la Sentencia de Unificación que se trae a colación, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, establece que la obligación de la AFP no se ciñe solamente a la antesala del traslado, sino también: *“durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”*, regulación que permite inferir que una vez solicitada la prestación económica de vejez ante la AFP y obtenido el disfrute pensional, la falta de información en el traslado inicial entre regímenes pensionales se refrendaría o convalidaría, ya que se trata de un nuevo acto jurídico en la que la AFP le puso a disposición las diferentes modalidades pensionales del RAIS, eligiendo la demandante, la modalidad de retiro programado como se observa a folios 56 a 61, autorizando además para la negociación del bono pensional como se observa a folios 149 y 150; aspectos que no puede pasar por alto esta superioridad, pues en los documentos referenciados se plasma la voluntad de la accionante de acceder a la pensión de vejez y previamente escoger de manera libre una la modalidad pensional, suscribiendo un nuevo acto jurídico con efectos particulares y concretos, razón por la cual, una vez comenzó el disfrute pensional a partir del 1º de agosto de 2012 y reconocida mediante comunicado de 16 de enero de 2013, adquirió plenamente la calidad de pensionada, y por ende, siguiendo el criterio jurisprudencial sentado por este Tribunal se hace improcedente la declaratoria de ineficacia deprecada en la demanda.

Esta posición fijada por este Tribunal ha sido también avalada por la Corte Suprema de Justicia, Corporación que en sentencia SL- 373 de 2021, abandonó el criterio sentado en la sentencia del 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen pensional a otro cuando quien demanda es un pensionado, anotando en aquella sentencia o siguiente:

“Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que 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), 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.”

De conformidad con lo anterior independientemente que el asunto de la debida asesoría o no a la demandante se hubiera planteado en la demanda, la calidad de pensionado de la demandante impide, como ya se anotó, la declaratoria de ineficacia pretendida y por ende tampoco hay lugar a estudiar la pretensión referida a que PROTECCIÓN S.A. asuma de su patrimonio las mesadas pagadas a la demandante entre la fecha de reconocimiento de la pensión anticipada de vejez y la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, pues se trataba de una pretensión consecuencial a la declaratoria de ineficacia del traslado.

En razón a las consideraciones de hecho y derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada que absolvió a las demandas de las pretensiones de la demanda debe ser confirmada, además por las razones expuestas en esta instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante por haber resultado vencida en el recurso de apelación.

Las agencias en derecho conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$908.526, repartidos en partes iguales entre las demandadas.

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: CONFIRMAR, la sentencia del 16 de mayo de 2018 proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso promovido por la señora **LUZ ELENA VÉLEZ FLÓREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.** por las razones expuestas en primera instancia y las que se adiciona es esta instancia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en el monto de \$908.526, repartidos en partes iguales entre las demandadas.

La anterior sentencia se notifica a las partes en ESTADOS.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

FRANCISCO ARANGO TORRES

JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE MEDELLÍN – SALA LABORAL -
HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por
estados N ° **066** del **21 DE ABRIL DE 2021**.

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>

Firmado Por:

FRANCISCO ARANGO TORRES

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

JAIME ALBERTO ARISTIZABAL GOMEZ

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE MEDELLIN-ANTIOQUIA

JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD 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: **521eabb9d446747ef8824cd1e9bc2ea409f5e9dbf93ef24cda60bb69fc3ff1c5**
Documento generado en 20/04/2021 04:05:26 PM