

TEMA: INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN – La ineficacia de la afiliación se presenta cuando quiera que la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo; no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad.

HECHOS: ALBA LUCIA BERNAL MARTINEZ demandó a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S. A., pretendiendo se DECLARARE la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. Como consecuencia, solicita se ORDENE a PROTECCIÓN S.A. a trasladar las cuotas de administración y demás valores descontados durante la vinculación a ese Fondo, debidamente indexados a COLPENSIONES, entidad que debe recibir tales conceptos y reconocerle el régimen de transición, e igualmente que realice el pago de la pensión de vejez en forma retroactiva a partir del 1° de abril de 2012 aplicando el beneficio de la transición con el correspondiente reajuste de la pensión, los intereses moratorios y/o indexación, y las costas del proceso.(...) Mediante sentencia del 13 de septiembre de 2023, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Medellín, declaró, entre otras decisiones, la ineficacia de la afiliación de la demandante ante PROTECCIÓN S.A.; ordenó a PROTECCIÓN S.A. a retornar con destino a COLPENSIONES, todos los recursos correspondientes a cuotas de administración, porcentajes de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales, acompañados de la indexación causada desde la captación de los recursos hasta el día que se produzca el pago; declaró que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, entendiéndola como vinculada a COLPENSIONES sin solución de continuidad. Atendiendo a un orden lógico de las cosas, procederá la Sala con el análisis en el siguiente orden: 1) Si el acto jurídico del traslado de la señora ALBA LUCIA BERNAL MARTÍNEZ a la AFP PROTECCIÓN S.A., es o no ineficaz. 2) De ser procedente la ineficacia del traslado, se analizarán las consecuencias jurídicas, esto es, los conceptos a devolver por parte de PROTECCIÓN S.A. y la procedencia o no de la indexación sobre dichos conceptos. 3) El reconocimiento pensional, junto con la liquidación del IBL efectuado por parte del juzgado y el retroactivo generado. 4) La procedencia o no de los intereses moratorios a cargo de COLPENSIONES por el retardo en el reconocimiento de la pensión de vejez.

TESIS: (...) La diferencia jurídica que se plantea en este caso, consistente en la pretensión de la parte actora en punto que se declare ineficaz el traslado que efectuó desde el Fondo público y común administrado por el ISS, al Fondo privado de ahorro individual, fundada en una insuficiente información por parte de esta última entidad en cuanto a las consecuencias reales de dicha determinación, ha sido materia de múltiples decisiones judiciales orientadas desde la cúspide de la jurisdicción ordinaria laboral.(...) En efecto, desde la expedición del decreto 663 de 1993, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el que en su Capítulo VIII incluye a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, dispuso dicha obligación en los siguientes términos: “Art 97. Información a los usuarios. 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 claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado.(...) Por su parte, la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 271 estableció: “Art. 271. Sanciones para el Empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o

jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor en cada caso y por cada afiliado a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”(...) Criterio que ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la SCL de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como las ya citadas, pero con mayor énfasis en otras como 05001 31 05 026 2023 00250 01 16 la SL 4964 de 2018 o la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, rememorada en las sentencias SL 5595 de 2021 y SL 1637 del 11 de mayo de 2022.(...) Del desarrollo jurisprudencial posterior se evidencian algunos ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado y que se resumen en lo siguiente: (i) El juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico; (ii) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues ello no demuestra por si solo que se hubiere brindado una información idónea, y se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado; (iii) Le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y (iv) No es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.(...) En el presente caso, no se observan pruebas fehacientes que permitan tener por acreditado que el fondo privado brindó, en el momento del traslado, una información integral de las condiciones subjetivas de la afiliada, con explicación de las ventajas y desventajas de la re ubicación entre regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que aquel pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el Fondo privado incumplió su deber de información, al no suministrar, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen(...) En casos como el presente, el regreso de la demandante al RPM no implica que necesariamente vaya a haber una afectación al sistema, pues a dicho fondo le llegan los dineros que la demandante alcanzó a acumular en el Régimen de Ahorro Individual. junto con los rendimientos financieros y todos aquellos conceptos recibidos por administración de los recursos, seguros y garantía de pensión mínima como más adelante se verá, sin que esté probado en el proceso que no sea posible financiar la pensión a la que pueda llegar a acceder.

MP. JOHN JAIRO ACOSTA PEREZ

FECHA: 05/04/2024

PROVIDENCIA:SENTENCIA



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, cinco (05) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Demandante: ALBA LUCIA BERNAL MARTÍNEZ
Demandados: ACP COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A
Litisconsorte: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Radicado: **05001 31 05 026 2023 00250 01**
Sentencia: S-069

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en este acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver el **recurso de apelación** interpuesto tanto por la **demandante** como por la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, al igual que en grado jurisdiccional de **Consulta** a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Medellín el día 13 de septiembre de 2023.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES:

ALBA LUCIA BERNAL MARTÍNEZ demandó a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S. A., pretendiendo se DECLARARE la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-.

Como consecuencia, solicita se ORDENE a PROTECCIÓN S.A. a trasladar las cuotas de administración y demás valores descontados durante la vinculación a ese Fondo, debidamente indexados a COLPENSIONES, entidad que debe recibir tales conceptos y reconocerle el régimen de transición, e igualmente que realice el pago de la pensión de vejez en forma retroactiva a partir del 1º de abril de 2012 aplicando el beneficio de la transición con el correspondiente reajuste de la pensión, los intereses moratorios y/o indexación, y las costas del proceso.

LOS HECHOS

Como fundamento de sus peticiones expone que nació el 18 de enero de 1957; que se afilió al Sistema General de Seguridad Social con anterioridad a la vigencia de Ley 100 de 1993 y que cuenta con más de 20 años cotizados. Señala que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, fue trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.; que su traslado de régimen obedeció a que un asesor le aseguró que el Seguro Social se acabaría y perdería el beneficio de la pensión, en tanto con PROTECCIÓN obtendría mejores beneficios pensionales. Afirma que nunca se le informó que perdería el régimen de transición al trasladarse. Advierte que retornó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a finales del año 2002 por sugerencia de sus familiares y que es beneficiaria del régimen de transición.

Asevera que solicitó la pensión de vejez a COLPENSIONES, la cual le fue reconocida mediante Resolución GNR 100458 de 2013, efectiva a partir del 1º de junio de 2013 en cuantía mensual de \$682.178, con un IBL de \$784.113, una tasa de reemplazo del 87%, un total de 1.208 semanas y bajo el régimen de transición del Decreto 758 de 1990. Que

COLPENSIONES, posteriormente, reajustó su mesada pensional bajo las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, argumentando que al haberse trasladado de régimen y no contar con 15 años cotizados, no recuperó el régimen de transición, modificándole el valor de la mesada pensional a partir del 1° de abril de 2012 en la suma de \$722.481, con un IBL de \$1'094.171, una tasa de reemplazo del 66.03% y un total de 1.289 semanas cotizadas. Agrega que cuenta con 1.298,14 semanas cotizadas y que solicitó a PROTECCIÓN S.A que le remitiera el estudio previo que se le brindó al momento de la afiliación, pero la entidad respondió que la asesoría se dio con base a la normatividad vigente y a su propia condición pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, PROTECCIÓN S.A. admite la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación a esa entidad y el traslado señalado, el cual se dio después de recibir una asesoría adecuada. Niega que se le haya dicho que el ISS se iba a acabar, siendo más una idea generalizada en la sociedad en dicha época y no un argumento de asesoraría por parte de la entidad; no es cierto que se le haya dicho que su mesada pensional sería más alta, puesto que se le informó claramente que dicho valor depende de factores como la edad, beneficiarios, expectativa de vida, saldos, factor actuarial, aportes voluntarios y regulación vigente y por tanto no era posible prever el monto exacto con el cual podría pensionarse; insiste en que sí se le brindó una correcta asesoría con base en su estudio previo, en el cual se determinó que no era beneficiaria del Régimen de Transición. A los demás hechos indica que no les constan por ser situaciones ajenas a la entidad. Se opone a las pretensiones y plantea como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de

la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones.

COLPENSIONES señala que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante y las condiciones de su traslado, así como la expedición de la resolución para el reajuste de mesada pensional, según las pruebas que reposan en el expediente administrativo. Frente a los demás hechos, indica que no le constan por tratarse de situaciones relacionadas con un tercero, o que no son hechos sino afirmaciones. Se opone a todas y cada una de las pretensiones, y como excepciones propuso improcedencia de la obligación de reliquidar la pensión de vejez, improcedencia de la declaratoria de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, buena fe de Colpensiones, imposibilidad de condena en costas, prescripción y compensación.

El MINISTERIO DE HACIENDA al contestar admite como cierta la fecha de nacimiento de la demandante, sin embargo, en lo que respecta a su afiliación, traslado e información entregada, no le consta, aunque aclara que no es cierto que la afiliada haya sido trasladada por fuerza externa, puesto que un traslado solo se hace mediante voluntad expresa, pero se acoge a lo que se pruebe en el proceso. Se opuso a todas las pretensiones. Excepcionó inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, y que la Oficina de Bonos Pensionales no funge como entidad de provisión social ni fondo ni administrador pensional.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 13 de septiembre de 2023, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Medellín, tomó las siguientes decisiones:

1.- **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante ante PROTECCIÓN S.A.;

2.- **ORDENÓ** a PROTECCIÓN S.A, a retornar con destino a COLPENSIONES, todos los recursos correspondientes a cuotas de administración, porcentajes de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales, acompañados de la indexación causada desde la captación de los recursos hasta el día que se produzca el pago;

3.- **DECLARÓ** que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, entendiéndola como vinculada a COLPENSIONES sin solución de continuidad, beneficiaria del régimen de transición, y por ende tiene derecho a que sea liquidada con el 90% del IBL al tener más de 1.250 semanas;

4.- **CONDENÓ** a COLPENSIONES a reconocer y pagar, por concepto de reajuste de las mesadas pensionales causadas entre el 25 de octubre de 2019 y el 30 de agosto de 2023, un retroactivo de la pensión de vejez por la suma de \$18'561.146;

5.- **CONDENÓ** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante, a partir del mes de septiembre del 2023, un reajuste de la mesada pensional por el valor de \$ 1'621.533, sin perjuicio de los aumentos futuros que se llegaren a causar;

6- **AUTORIZÓ** a COLPENSIONES que del valor del retroactivo descuente los reajustes correspondientes a descuentos en salud;

7.- **CONDENÓ** a COLPENSIONES a que el pago del retroactivo se haga acompañado de la indexación desde la fecha en que se produjo el reajuste hasta el día del pago;

8.- **EXCLUYÓ** a la Nación MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, pues ninguna de las pretensiones se impetró en contra de la entidad, como tampoco se impuso una obligación a su cargo; y

9.- **CONDENÓ** en costas a PROTECCIÓN S.A y a COLPENSIONES.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la **PARTE ACTORA** presentó inconformidad frente a *i)* la liquidación del IBL y *ii)* la absolución de los intereses moratorios.

Frente al primer desacuerdo, señaló que al ser liquidado el IBL por parte del despacho, el que arrojó una cifra levemente inferior a la establecida por COLPENSIONES, lo prudente en este caso, teniendo en cuenta la no reforma en peor y que ya se venía recibiendo una mesada pensional definida por la entidad, es que se debe mantener el mismo, y que en caso tal de que al liquidar el Tribunal también le dé un valor inferior, únicamente se debería variar la tasa de reemplazo, atendiendo a la aplicación del régimen de transición del Decreto 758 de 1990.

En lo que respecta a los intereses moratorios, se debe aplicar lo dispuesto en la sentencia SU-063 del 2023, en donde proceden los mismos en casos de reajustes pensionales, los cuales fueron solicitados en la reclamación administrativa presentada el 31 de agosto de 2022. Y que, si al verificar nuevamente el IBL se mantiene el liquidado por la entidad o si esta da mayor, se debe modificar el retroactivo pensional.

A su turno, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** solicita se revoque lo referente al traslado de las cuotas de administración, Fondo de Garantía de pensión mínima y seguros previsionales, ya que en el tiempo en que estuvo afiliada la demandante al fondo privado, se le garantizó el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que no procede la orden de retorno de estos conceptos; además, desde el 2003 todos los conceptos fueron trasladados a COLPENSIONES, los cuales fueron utilizados para respaldar la pensión de vejez que actualmente disfruta la demandante, por lo que la cuenta individual se encuentra en ceros, debiendo revocar por tal razón, la condena impuesta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término del traslado concedido a las partes, la apoderada de **COLPENSIONES**, destaca en sus alegatos inicialmente la inoponibilidad, la cual se rige como un medio para salvaguardar intereses patrimoniales de terceros, vinculados directamente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y la planificación de la reserva pensional; que las entidades de seguridad social, como Colpensiones, no solo están sujetas a la responsabilidad propia de los contratos de aseguramiento, sino que también deben cumplir obligaciones de índole constitucional; que en este contexto, destaca que la responsabilidad de las AFP por la ineficacia de un traslado debe extenderse más allá de reparar el daño individual, abarcando los daños indirectos que afectan la reserva patrimonial de pensionados y afiliados del RPM; que la reparación económica, en virtud de la inoponibilidad, debe recaer en quien causó el daño; sugiere que, en ausencia de la aceptación de la inoponibilidad, sea la AFP quien asuma las cargas económicas o que se devuelvan los dineros al RAIS conforme a un estudio actuarial; y que la adquisición de la calidad de pensionado imposibilita el retorno al estado anterior, ya que esto generaría disfuncionalidades y afectaría a múltiples personas, entidades y relaciones jurídicas, según la sentencia SL 373-2021 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado, el apoderado de la **DEMANDANTE** dice que se debe confirmar la ineficacia, toda vez que no se le brindó la información completa, oportuna, clara, amplia, suficiente y veraz a la demandante, y que se debe seguir la línea vinculante de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por la DEMANDANTE, como por PROTECCIÓN S.A., en contra de la sentencia de primera instancia, e igualmente conocer del proceso vía grado

jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se encuentran los siguientes:

- i) la Sra. ALBA LUCIA BERNAL MARTINEZ nació el 18 de enero de 1957¹;
- ii) se afilió por primera vez al sistema pensional en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, y comenzó a realizar cotizaciones allí, el 17 de abril de 1986²;
- iii) el 19 de diciembre de 1996³ suscribió formulario de vinculación ante la AFP PROTECCIÓN S.A.;
- iv) el 6 de noviembre de 2002 se produjo el retorno a COLPENSIONES⁴;
- v) a través de la Resolución N° 100458 del 19 de mayo de 2013⁵, COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a partir del 1º de junio de 2013 con fundamento en el **decreto 758 de 1990**, estableciendo como cuantía de la prestación la suma de **\$682.178**, luego de que al IBL obtenido de \$784.113, le fuera aplicada una tasa de reemplazo de 87% por el hecho de acreditar un total de 1.208 semanas en toda la vida laboral;
- vi) mediante Resolución GNR 256043 del 11 de octubre de 2013⁶, COLPENSIONES decidió modificar la anterior resolución, ya que por su traslado al RAIS, la demandante perdía el régimen de transición y no contaba con los 15 años de servicio al 1º de abril de 1994, para conservarlo. Por tanto, reconoció la pensión con base en la **ley 797 de 2003**, un IBL de \$1'094.171 y una tasa de reemplazo del 66.03%, lo cual arrojó una mesada pensional de **\$722.481**, a partir del 1º de abril de 2012;

¹ Folio 70 de la demanda

² Folio 41 de la contestación de Colpensiones

³ Folio 30 de la demanda y 19 de la contestación de Protección S.A.

⁴ Folio 20 de la contestación de Protección S.A. – Historial de vinculaciones del SIAFP

⁵ Folios 42 a 48 de la demanda y anexos

⁶ Folios 31 a 40 de la demanda y anexos

- vii)** por medio de la resolución GNR 196596 del 1° de julio de 2015⁷, COLPENSIONES dio cumplimiento a un fallo proferido por el Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín, en donde otorgó los intereses moratorios por mora en el reconocimiento y pago de las mesadas reconocidas en la ya citada resolución GNR 256043 de 2013, por valor de \$3'046.347, junto con la indexación de los intereses de \$101.979; y,
- viii)** a través de la resolución SUB 63716 del 12 de mayo de 2017, COLPENSIONES reliquidó la pensión de vejez a la demandante, proyectando un IBL un poco más alto de \$1'094.798, al cual le aplicó la misma tasa de reemplazo del 66.03%, que arrojó una mesada de \$754.000 para el año 2014 y que para el año 2017 asciende a la suma de \$883.548.

Es claro entonces, que la pretensión principal de la demandante en este proceso, es que se declare ineficaz su traslado al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., y que, consecuentemente, se declare que su afiliación válida es la que corresponde a COLPENSIONES. Lo anterior pese a que actualmente ya se haya materializado retorno al RPM, aunque no con ello pueda, aún, entenderse que mantiene la garantía del régimen de transición, en caso de que pueda llegar a beneficiarse de él.

Atendiendo a un orden lógico de las cosas, procederá la Sala con el análisis en el siguiente orden:

- 1)** Si el acto jurídico del traslado de la señora ALBA LUCIA BERNAL MARTÍNEZ a la AFP PROTECCIÓN S.A., es o no ineficaz.
- 2)** De ser procedente la ineficacia del traslado, se analizarán las consecuencias jurídicas, esto es, los conceptos a devolver por

⁷ Documento incorporado en el expediente administrativo anexo por COLPENSIONES -

parte de PROTECCIÓN S.A. y la procedencia o no de la indexación sobre dichos conceptos.

- 3)** El reconocimiento pensional, junto con la liquidación del IBL efectuado por parte del juzgado y el retroactivo generado.
- 4)** La procedencia o no de los intereses moratorios a cargo de COLPENSIONES por el retardo en el reconocimiento de la pensión de vejez. Y,
- 5)** se revisarán los demás temas que corresponden en virtud del grado jurisdiccional de CONSULTA que opera a favor de COLPENSIONES, como la condena en costas impuestas a esta entidad.

1. Ineficacia de traslado

La diferencia jurídica que se plantea en este caso, consistente en la pretensión de la parte actora en punto que se declare ineficaz el traslado que efectuó desde el Fondo público y común administrado por el ISS, al Fondo privado de ahorro individual, fundada en una insuficiente información por parte de esta última entidad en cuanto a las consecuencias reales de dicha determinación, ha sido materia de múltiples decisiones judiciales orientadas desde la cúspide de la jurisdicción ordinaria laboral.

Si bien es cierto, en principio, tal traslado se hizo como producto de un concurso de voluntades entre personas plenamente capaces, no lo es menos que se presentaba una relación asimétrica en el sentido de que los Fondos privados como agentes del sector financiero de la economía, tenían, desde su creación, el deber legal de suministrarle al afiliado una explicación completa pero concreta, hecha a la medida de la situación particular del interesado, de las consecuencias del traslado y con la

esencial finalidad de que este pudiese tomar una decisión informada sobre un aspecto ligado a su proyecto de vida futura.

En efecto, desde la expedición del decreto 663 de 1993⁸, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el que en su Capítulo VIII incluye a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, dispuso dicha obligación en los siguientes términos:

*“Art 97. **Información a los usuarios.** 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 claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado.*

Por su parte, la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 271 estableció:

*“Art. 271. **Sanciones para el Empleador.** El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor en cada caso y por cada afiliado a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*

Así mismo, importa señalar al respecto, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada, pacífica y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de

⁸ Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 “*ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero*”

fondos de pensiones, es un deber exigible desde su creación, advirtiendo, además, que en este tipo de casos la carga de la prueba recae sobre los fondos privados, especialmente por plantearse una afirmación indefinida como lo es el hecho que la persona afiliada no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba positiva por la cual se acredite que tal obligación sí se cumplió.

Tesis que se introdujo desde las sentencias 31.989 y 31.314, ambas del 9 de septiembre de 2008, por cuenta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años a través de múltiples pronunciamientos. Cabe destacar lo que se dijo en aquellas primeras providencias, así, en la Rad. N° 31.989 de 2008:

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”

Del desarrollo jurisprudencial posterior se evidencian algunos ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado y que se resumen en lo siguiente:

- (i) El juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico;

- (ii) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues ello no demuestra por si solo que se hubiere brindado una información idónea, y se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado;
- (iii) Le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y
- (iv) No es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.

En el presente caso, no se observan pruebas fehacientes que permitan tener por acreditado que el fondo privado brindó, en el momento del traslado, una información integral de las condiciones subjetivas de la afiliada, con explicación de las ventajas y desventajas de la reubicación entre regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que aquel pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el Fondo privado incumplió su deber de información, al no suministrar, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de información, manifiesta simplemente la demandante sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado de régimen que, su traslado a PROTECCIÓN S.A se dio en el año 1996, cuando trabajaba en la empresa Textiles Telaraña, cuando una asesora le manifestó que debía trasladarse debido a que el ISS se iba a acabar, y que en el fondo privado tendría mejores garantías, pues la pensión le podría quedar a

sus padres o hermanos si ella fallecía, y que iba a quedar mejor pensionada, pero nunca le explicaron las diferencias entre el RAIS y el RPM ni el peligro de perder el régimen de transición.

De lo expuesto no se deriva que aparezca clara la prueba de un reconocimiento de que los promotores del Fondo privado hubieren informado en detalle las diferencias jurídico-financieras de los sistemas pensionales, con expresión de sus características propias, así como las repercusiones que una decisión de semejante calado podría traerle a la afiliada al momento de hacer efectiva la prestación.

Lo anterior permite dar aplicación al citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*.

Ahora bien; tampoco es de recibo el argumento de COLPENSIONES en cuanto solicita considerar las implicaciones económicas que se pueden llegar a generar con decisiones como ésta, especialmente por existir una eventual afectación a la sostenibilidad financiera del sistema más cuando no participó en el acto de traslado, siendo un derecho que ejerció la demandante en su momento y permitido según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

El principio de sostenibilidad financiera de las pensiones, entronizado en el Acto Legislativo 01 de 2005, está orientado a lograr el aseguramiento de su propia subsistencia. Esto es, se impone la garantía de que se pueda contar con los recursos necesarios para reconocer y pagar las diversas prestaciones a los afiliados al sistema, presuponiendo la limitación de los recursos disponibles, y que, por ello mismo, deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la

población, buscando la efectividad de los derechos y la eficacia y solidaridad del sistema. Y para esto es indispensable asegurar el pago efectivo de las cotizaciones, aunado al concurso del Estado cuando ello sea requerido, de tal modo que el sistema sea viable para el pago de las pensiones de los actuales y futuros pensionados.

En casos como el presente, el regreso de la demandante al RPM no implica que necesariamente vaya a haber una afectación al sistema, pues a dicho fondo le llegan los dineros que la demandante alcanzó a acumular en el Régimen de Ahorro Individual. junto con los rendimientos financieros y todos aquellos conceptos recibidos por administración de los recursos, seguros y garantía de pensión mínima como más adelante se verá, sin que esté probado en el proceso que no sea posible financiar la pensión a la que pueda llegar a acceder.

En consecuencia, en este puntual aspecto se **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada en primera instancia.

2. Conceptos a trasladar

De otro lado, en cuanto a decisión de ordenar la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, tema cuestionado en el recurso de apelación por PROTECCIÓN S.A., basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos, que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de cada persona, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su situación anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

Criterio que ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la SCL de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como las ya citadas, pero con mayor énfasis en otras como

la SL 4964 de 2018 o la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, recordada en las sentencias SL 5595 de 2021 y SL 1637 del 11 de mayo de 2022, en las que dijo expresamente lo siguiente:

*“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales**, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

(...)

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

Por lo anterior, la decisión de primera instancia deberá ser **CONFIRMADA** en tal sentido, debiéndose ordenar a PROTECCIÓN S.A. que proceda con el traslado los conceptos ordenados durante el tiempo en que la señora ALBA LUCIA BERNAL MARTÍNEZ estuvo vinculada con esa entidad, como lo señaló el juez.

Se advierte igualmente que la orden a PROTECCIÓN S.A. de trasladar los conceptos mencionados, es decir, las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima deben incluir la respectiva indexación, pues así lo ha

entendido igualmente la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En ese aspecto, dicha Corporación sí ha ordenado tal indexación y lo ha hecho en sentencias como las ya citadas, pero de forma más clara en las sentencias SL 3349-2021, SL359-2021 y SL3394-2022, en donde concluyó, que *"... todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, esto es, que mantendrán su poder adquisitivo inicial, por lo que se deben indexar."*

Conforme a las ordenes anteriores, no se puede pasar por alto los reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, en donde se impone a las AFP privadas la obligación de que junto con las sumas objeto de traslado, se entregue información donde los conceptos trasladados aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así pues, para esta Sala es válido que se exija una claridad en los valores y conceptos a devolver, por lo que se deberá confirmar las condenas proferidas, reiterando que, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a COLPENSIONES, todos los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, tal y como lo señaló el juez.

3. Reliquidación del IBL y retroactivo pensional.

No se discute que a la demandante le fue reconocida la prestación económica de vejez, conforme a la norma vigente, esto es, la ley 797 de 2003, sin embargo, al declararse la ineficacia del traslado, la

consecuencia es que la afiliación al RAIS queda sin efecto, como si nunca hubiere existido, por lo que debe entenderse que la demandante siempre ha estado afiliada al RPM sin solución de continuidad, siendo perfectamente válido analizar si es beneficiaria del régimen de transición a fin de darle aplicación al decreto 758 de 1990.

Pues bien, no hay duda de la condición de beneficiaria de la transición de la actora, pues tenía más de 35 años de edad al 1° de abril de 1994, (nació el 18 de enero de 1957), y, además, al 25 de julio de 2005, cuando empezó la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con más de las 750 semanas exigidas, pues para ese entonces, de acuerdo a la historia laboral aportada al expediente, reunía 961,47 semanas de cotización.

De allí que con base en lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, norma aplicable en virtud de las disposiciones sobre transición, deben acreditarse al menos 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad, o 1000 semanas en cualquier tiempo. Requisitos que se encuentran acreditados al cumplir la edad el 18 de enero de 2012 y completar en toda su vida laboral más de 1.298,14 semanas de cotización según la historia laboral anexada por COLPENSIONES y actualizada al 15 de noviembre de 2022, lo que implica que la decisión en ese aspecto deba ser **CONFIRMADA**.

Decisión que implica **confirmar**, además, situaciones accesorias tales como: *i)* el número de mesadas al año reconocidas, de 13, conforme a lo establecido en el parágrafo 6 del Acto Legislativo 01 de 2005; *ii)* y la fecha de reconocimiento de la prestación a partir del **25 de octubre de 2019**, teniendo en cuenta que prosperó el fenómeno de la prescripción al interponerse la demanda el 25 de agosto de 2022.

Liquidación del IBL

En lo que atañe a la liquidación de la prestación económica - tema objeto de inconformidad de la parte actora -, debe señalar la Sala que es acertado lo decidido por el juez en el sentido de realizar nuevamente la liquidación del IBL, pues la demandante desde su escrito de demanda, tal y como se puede leer en el hecho octavo, solicitó el reajuste de la pensión al haber cotizado 1.298,14 semanas, y con base en los salarios de los últimos 10 años o de toda la vida laboral, el que le sea más favorable, aplicándole una tasa de reemplazo del 90% por tener más de 1.250 semanas cotizadas.

Por tal razón, no es posible que en la etapa de apelación, al encontrar que su IBL arrojó un valor ligeramente inferior al deducido por COLPENSIONES, indique que debido a que no se puede reformar en peor, se le tome lo más favorable de una parte (IBL de la resolución que le liquidó la prestación económica con ley 797 de 2003) y lo más beneficioso de otra (tasa de reemplazo del 90% del decreto 758 de 1990), por lo que es acertado realizar una nueva liquidación como lo efectuó el juez, la misma que fue revisada por la Sala y que se ajusta a derecho, pues es más favorable para la demandante la liquidación del IBL de toda la vida.

De igual forma, también se observa ajustada a derecho la decisión en cuanto al valor de la mesada que debió recibir la demandante para el año 2012, la cual correspondió a una suma superior en \$257.378 con respecto a la otorgada por COLPENSIONES por valor de \$722.895, por lo cual la mesada, después de aplicar el porcentaje del 90% al IBL obtenido (\$1'089.191,88), arroja una mesada pensional inicial de \$908.273, cuyo reajuste al año 2023 es de \$1'621.533 y no de \$1'195.788 como la viene reconociendo COLPENSIONES.

Así pues, implica que el pago del retroactivo del reajuste pensional causado desde el 25 de octubre de 2019 hasta el mes de agosto de 2023, fecha esta última dada por el juez, arroja un valor de \$18'561.146.

Constatado todo lo anterior en el proceso, la decisión del Juez de primera instancia de reconocer la pensión de vejez bajo los parámetros ya expuestos se encuentra ajustada a derecho, por lo que se impartirá **CONFIRMACIÓN** a lo decidido.

Debe recordar la Sala, que a COLPENSIONES le asiste la facultad de descontar el valor de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud en salud, pues esta consecuencia opera por el solo ministerio de la ley con arreglo al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo objeto de condena.

4. Intereses moratorios a cargo de COLPENSIONES.

Es de advertir, como fundamento para resolver el recurso de apelación planteado por la parte actora, es que la norma que consagra los intereses moratorios propende por el pronto pago de las mesadas pensionales para así proteger los derechos de los pensionados frente a las dilaciones injustificadas en el trámite administrativo. Intereses que a la luz del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, son procedentes en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley y su pago se realizará a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Sin embargo, con base en el recuento de las situaciones particulares que se presentaron en este caso, entiende la Sala que COLPENSIONES en su momento resolvió con un fundamento jurídico válido las peticiones iniciales de la demandante al haber reconocido la pensión de vejez bajo los parámetros de la ley 797 de 2003, pues efectivamente la demandante no contaba con los 15 años anteriores al 1º de abril de 1994 (431 semanas) para recuperar el régimen de transición, el cual perdió por su traslado al RAIS.

Es decir, a juicio de la Sala sí existe una justificación válida para que la entidad de seguridad social haya reconocido de esta manera el derecho pensional pretendido por la actora, erigiéndose como una causal de exoneración de los intereses reclamados el hecho de que ésta efectivamente se había trasladado de régimen, y solo fue con motivo de la presente decisión que se entiende que esta cobijada por el régimen de transición; por tal razón, COLPENSIONES no tenía por qué reconocer una prestación bajo el régimen de transición, y en esa medida no se le puede imponer condena alguna relacionada con el pago de intereses de mora, cuando, se repite, su obligación surge como consecuencia de la declaratoria de inexistencia de la afiliación acá declarada.

Es por ello que resulta aplicable al caso el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a través del cual ha indicado que si la entidad tenía argumentos jurídicos valederos para adoptar determinada decisión y obró en virtud de los requisitos propios que exige la ley para tales efectos, no está obligada al reconocimiento de los intereses de mora que se reclaman. Así lo ha indicado en múltiples providencias como la 13388 del 1º de octubre de 2014, reiterada en la SL 2941 de 2016, SL 3707 del 1 de agosto de 2018, rad. 50665, la SL 4794 del 6 de noviembre de 2019 o la SL 5673 del 1º de diciembre de 2021, rad. 84517. Por lo que en este sentido se **CONFIRMARÁ** lo dicho por el juez.

Así las cosas, coincide la Sala con el funcionario a quo en cuanto consideró procedente la pretensión subsidiaria de indexación del reajuste pensional, ya que con tal mecanismo se procura la corrección económica de los créditos demandados judicialmente, con base en la devaluación calculada desde que la respectiva obligación se hizo exigible, y hasta el momento en que se realice el pago efectivo de la misma, pues el valor del retroactivo del reajuste pensional al no haberse pagado en tiempo oportuno, por el solo transcurso del tiempo, ha perdido poder adquisitivo. De esta manera, el valor reconocido por

retroactivo del reajuste pensional debe ser indexado desde su causación y hasta que se realice el pago efectivo de la obligación.

5. Condena en costas

Finalmente, en lo que tiene que ver con la condena en costas impuesta a COLPENSIONES, basta con señalar que el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena que en los procesos y en las actuaciones posteriores en que haya controversia, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos.

Sin embargo, en estos casos, la condena a COLPENSIONES a recibir el valor de los aportes realizados a las AFP del RAIS, y a recuperar el régimen de transición, es solo la consecuencia lógica de la orden previamente impartida en este proceso en el sentido de declarar la ineficacia de esa afiliación al RAIS, de manera que bien puede decirse que, sin esta orden, aquellas condenas no se hubieran producido. Dicho de otro modo, era inexigible otra conducta para COLPENSIONES antes de que la presente declaratoria de ineficacia del traslado se hubiere proferido, pues esta entidad no es autoridad judicial como para resolver, antes del proceso, la reclamación de la demandante, no siendo procedente la condena en costas, por lo que se **REVOCARÁ** la sentencia en tal sentido.

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y REVOCARÁ** la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

Por 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

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Medellín el día 13 de septiembre de 2023; pero la **REVOCA** en lo que tiene que ver con la condena en costas impuestas a cargo de COLPENSIONES, para en su lugar **ABSOLVERLA** por este concepto.

Sin costas en esta instancia.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Francisco Arango Torres
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: **1dd3e3eed878e242b1ccb73eb2aeabcfb44e298c6b577fed44c9f02e4646f7c**

Documento generado en 05/04/2024 01:55:05 p. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>