RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Providencia	Consulta y apelación sentencia
Proceso	Ordinario Laboral
Radicación No	66001-31-05-001-2019-00324-01
Demandante	Ligia Cuartas Echeverry
Demandado	Colpensiones y Colfondos S.A.
Juzgado de origen	Primero Laboral del Circuito de Pereira.
Tema a tratar	**Ineficacia de traslado**

Pereira, Risaralda, doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022)
Acta de discusión 205 del 12-12-2022

Vencido el término para alegar otorgado a las partes, procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira a proferir sentencia con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta y desatar los recursos de apelación presentados contra la sentencia proferida el 09 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido **Ligia Cuartas Echeverry** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Colfondos S.A.**

De manera liminar se reconoce personería para actuar en este asunto en los términos del poder conferido a Mariluz Gallego Bedoya, identificada con la cédula de ciudadanía 52.406.428 de Bogotá y tarjeta profesional 227.045, en razón a la

sustitución de poder que le hiciera Miguel Ángel Ramírez Gaitán representante legal de la firma World Legal Corporation S.A.S, apoderado de Colpensiones.

ANTECEDENTES:

1. Síntesis de la demanda, su contestación y crónica procesal

Ligia Cuartas Echeverry pretende que se declare ineficaz su traslado a Colfondos S.A. efectuado entre los meses de abril y mayo de 1999; por ende, que no perdió los beneficios del régimen de transición y, en consecuencia, que la AFP traslade a Colpensiones todo el ahorro pensional que tiene en su cuenta incluyendo intereses, rendimientos, bono pensional, excedentes de libre disponibilidad y demás sumas de dinero.

Asimismo, que Colpensiones proceda una vez reciba todos los emolumentos a reconocerle la pensión de vejez teniendo en cuenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a partir del 01-03-2016 liquidada con los últimos 10 años.

Por último, que se condene a las accionadas al pago de las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que: i) nació el 12-01-1959 y para el 01-04-1994 contaba con 35 años de edad; ii) el 01-04-1981 se afilió al ISS y cotizó hasta el mes de noviembre de 1998; iii) al 25-07-2005, data en que entró a regir el acto legislativo 01 de 2005 contaba con más de 750 semanas; de ahí que el régimen de transición se le haya extendió hasta el 31-12-2014; iv) entre los meses de abril y mayo de 1999 se trasladó a Colfondos S.A. y cotizó allí hasta febrero de 2016; v) tiene más de 1500 semanas de cotización;

vi) El asesor comercial simplemente le informó que el ISS se liquidaría y que se quedaría sin pensión; sin embargo, omitió decirle sobre las ventajas, desventajas,

características e implicaciones de su cambio de régimen; en especial, el régimen de transición.

Tanto **Colpensiones** como **Colfondos S.A.** se opusieron a las pretensiones elevadas por la demandante porque este firmó de manera libre y sin presiones los formularios de afiliación. Colpensiones indicó que aquella no era beneficiaria del régimen de transición por tiempo de servicios y estaba a menos de 10 años para pensionarse; por su parte, la AFP indicó que la actora se afilió al fondo privado el 01-05-1999.

Todas propusieron similares excepciones de mérito, entre otras, "*buena fe" y "prescripción"*.

2. Síntesis de la sentencia apelada

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS el 18-03-1999 a Colfondos S.A. y, en consecuencia, ordenó a la AFP devolver a Colpensiones todos los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los intereses y rendimientos financieros y a restituir con cargo a sus propios recursos el valor que durante todo el tiempo descontó por concepto de gastos de administración, primas que respaldan la garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados y a Colpensiones acepte su traslado.

Asimismo, dispuso comunicar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que en caso de que haya emitido un bono pensional proceda anularlo.

De otro lado, declaró que la demandante conservaba el beneficio del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por consiguiente, tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones

a partir del 01-02-2014 y en cuantía de $1´375.987, en razón de 13 mesadas pensionales una vez reciba los emolumentos por parte de la AFP y se haya anulado el bono pensional

En consecuencia, condenó a Colpensiones al pago del retroactivo pensional a partir del 01-02-2017 y hasta que se haga la inclusión en nómina, que a la fecha de emisión de la sentencia ascendía a $106´070.879; además, autorizó a la administradora a descontar el porcentaje correspondiente a los aportes a Salud.

Por último, condenó a Colfondos S.A. al pago de las costas procesales a favor de la demandante *"(…) las que se liquidarán en un 50% por la secretaría del Despacho en la oportunidad procesal pertinente*"

Como fundamento de tal determinación, la *a quo* argumentó que la AFP no logró acreditar el deber de información clara, completa y comprensible a la parte demandante, en especial las consecuencias de su traslado como la pérdida del beneficio transicional; lo que se corroboró con la prueba testimonial recaudada en esa instancia, que para el presente caso era únicamente carga de la AFP probar el cumplimiento de dicha obligación.

Respecto de la pensión de vejez, indicó que la demandante era beneficiaria del régimen de transición, toda vez que para el 01-04-1994 contaba con 35 años de edad al ser su natalicio el 12-01-1959, y arribó a la edad pensional según la norma que se vaya aplicar el 19-01-2014 (sic) o en la misma fecha del 2016; asimismo, consideró que se demostró que ella cotizó al ISS un total de 828.71 semanas, y según la historial de Colfondos S.A., allí aglutinó 843,16 para un total de 1671,87 septenarios; cumpliendo los requisitos exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, señaló que la demandante se le extendió el beneficio transicional hasta el 31-12-2014, toda vez que para el 25-07-2005 tenía 1040,22 semanas

cotizadas; por lo que tenía derecho a acceder a la pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990 al cumplir con la edad – 55 años – y 1000 semanas de cotización antes del 31-12-2014.

Así las cosas, dispuso que había lugar al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 01-01-2017, fecha en que se marcó la novedad de retiro de la actora y se pagó la última cotización por su empleador, y en cuantía de $1´375.987 en aplicación de una tasa de reemplazo del 90% conforme los parámetros del Acuerdo 049 de 1990; sin perjuicio de los incrementos legales y en razón de 13 mesadas pensionales.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que no transcurrió más de 3 años entre la causación de la primera mesada pensional y la fecha de presentación de la demanda, que lo fue el 29-07-2019; por lo que Colpensiones deberá reconocer el retroactivo pensional causado entre el 01-02-2017 y hasta la fecha de inclusión de nómina.

3. De los recursos de apelación

Inconforme con la decisión, **la demandante** indicó que pese a que se solicitó en la pretensión 4° de la demanda el reconocimiento de la pensión en atención a un IBL calculado con base en los últimos 10 años, se debió de realizar la liquidación por toda la vida laboral en atención a las facultades extra y ultra petita que tienen los jueces, pues al realizar su liquidación se evidenció que el valor es superior al que fue condenada Colpensiones.

Por su parte, **Colfondos S.A.** señaló que estaba en desacuerdo con la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y cuotas de garantía de pensión mínima, toda vez que la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia es que el negocio no surgió a la vida jurídica; por ende, ninguna obligación le asiste de retornar dichos emolumentos a Colpensiones, pues se estaría causando

un detrimento a su patrimonio y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; y frente a la condena en costas, indicó que actúo de acuerdo al margen de la ley, por lo que no había lugar a su imposición.

Por último, **Colpensiones** manifestó que en este caso no había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación ni reconocer la pensión de vejez a favor de la actora, toda vez que la motivación de ella es de índole económico, sin que sea esta la acción que debía de instaurar, pues de acceder a esto se estaría violando el principio de sostenibilidad financiera del sistema; amén de que se encuentra a menos de 10 años para pensionarse; asimismo, señaló que se dieron actos de relacionamiento que dieron cuenta de la voluntad de aquella de permanecer en el RAIS y que se corrobora con la prueba testimonial practicada en esta instancia, de la que se evidencia que sí recibieron asesoría por parte de la AFP al momento de su traslado de régimen

4. Grado jurisdiccional de consulta

Como la anterior decisión, resultó adversa a los intereses de Colpensiones, de la que es garante la Nación, se admitió el grado jurisdiccional de consulta ordenado por la *a quo*.

5. Alegatos

Los presentados por Colpensiones guardan relación con los temas a tratar en esta providencia.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa

Pese a que esta Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que con ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por esa corporación con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó al Juez Colegiado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por ese Máximo Tribunal en los asuntos de ineficacia de afiliación, entonces y bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en completitud la posición que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para resolver el caso de ahora y los siguientes.

1. Del problema jurídico

¿Se probaron los supuestos fácticos para declarar la ineficacia de afiliación contemplada en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993, pretendida por la parte activa de la *litis?*

2. Solución al problema jurídico

2.1. De la acción de ineficacia

2.1.1. fundamento jurídico

Según la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y a partir de la interpretación que realiza de los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100

de 1993, cuando un trabajador se traslada de régimen pensional, con ocasión a la indebida información suministrada por parte de la AFP, entonces procede la acción de ineficacia con el propósito de que el trabajador recobre su vinculación al régimen anterior.

A su vez, la alta corporación ha formulado sub-reglas en relación con la carga probatoria, la aplicación de ineficacia a las personas amparadas o no con régimen de transición, entre otros temas, contenidas especialmente en las sentencias Rad. No. 31989 de 2008, SL4964-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, y que ha ratificado en los años siguientes, como se concreta en los siguientes razonamientos:

1. Tipo de acción que de que se trata: Cuando se expone en los hechos de la demanda la indebida o falta de información ofrecida a una persona al momento de cambiarse de régimen pensional, tal supuesto fáctico no se debe abordar desde la institución de la nulidad del acto jurídico del traslado, sino de la ineficacia del mismo con base en los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993 por cuanto se violó por parte de la AFP el deber de información para obtener el traslado de quien estaba afiliado al RPM. **En ese sentido, la única sanción posible ante una afiliación desinformada es la ineficacia, figura que excluye de efectos el acto jurídico del traslado, y en tanto que nunca se produjo efecto alguno, entonces tampoco es posible sanearla por el paso del tiempo, como ocurre con las nulidades.**

De allí que, tratándose de la institución de la ineficacia y no de la nulidad, carece de aplicación la figura de la "*prescripción*" prevista en el artículo 1750 del C.C.; máxime que la acción de ineficacia es imprescriptible en la medida que tiene como propósito que se compruebe un hecho o se reconozca un estado jurídico, que no prescriben; contrario a los derechos y obligaciones que se derivan de su declaratoria, que sí prescriben; por lo tanto, los interesados pueden solicitar en cualquier tiempo que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional,

que además contiene un derecho a la seguridad social que es irrenunciable por orden constitucional – art. 48 de la C.N. - y por ello, el paso del tiempo en modo alguno elimina la posibilidad de acudir a la vía judicial.

2. Cumplimiento del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Es un deber que es exigible a las AFP desde la creación de estas entidades, porque "*las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios".* Deber cuyo nivel de exigencia se elevó con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, en la medida que "*ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo",* llegando incluso a la exigencia de la doble asesoría prevista en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N° 016 de 2016.

Concretamente frente al deber de información la pluricitada Corte Suprema desde el 09/09/2008 en radicado 31989 indicó que:

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. 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 (…) En estas condiciones el engaño, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada".

Luego, en decisión SL19447-2017 adujo que "*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 último, en la sentencia SL-1688-2019 se sintetizó tal deber de información hasta antes del año 2009, como aquel en el que debe darse ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de este.

Al punto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia adujo que el deber de información es exigible téngase o no un derecho consolidado, un beneficio transicional, se esté próximo o no a pensionarse; dado que la violación del deber de información se predica frente a *"la validez"* del acto jurídico de traslado.

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

3. Frente al formulario de afiliación: El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para darle eficacia al acto del traslado, pues ello no da cuenta de que haya sido, como se requiere en estos eventos, precedido

de un "*consentimiento informado".* Así, en palabras de la corte "*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"* (SL1688-2019).

A su vez, la aludida Corte en decisión SL19447-2017 señaló 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".*

4. Frente a la negación indefinida y carga de la prueba: Cuando el afiliado alega que no recibió la información debida al momento de afiliarse, como ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, la carga de la prueba de que sí se brindó la información que correspondía se traslada a la AFP.

5. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia: Acreditada la falta de consentimiento informado corresponde declarar la ineficacia del traslado y como consecuencia de ello, para efectos de la concreción de los derechos pensionales reclamados, se debe imponer a la AFP en la que se encuentre afiliado la parte demandante la obligación de trasladar la totalidad del capital ahorrado "*junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses*", "*sin descontar suma alguna por*

concepto de gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales".

Asimismo, deberá devolver con cargo a sus propias utilidades los gastos de administración, comisiones, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados (SL 2877 de 2020 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL2001 de 2021, SL 3477 de 2021, SL3571 de 2021).

Obligación que no solo recae sobre la AFP a la que se le declaró la ineficacia, sino también sobre las AFP en las que el demandante haya estado afiliado.

Al punto es preciso advertir que aun cuando el artículo 1746 del C.C. hace parte del título correspondiente a la nulidad, lo cierto es que la jurisprudencia ha desentrañado que sus consecuencias prácticas son las mismas de la ineficacia, porque "*el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás"* (SL1688-2019 y SC3201-2018).

6. Frente a los actos de relacionamiento: La Sala de Casación Laboral Permanente de la Corte Suprema de Justicia expuso esta teoría en la sentencia SL413 de 2018, en un caso a través del cual se solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del cónyuge supérstite y, en la que se estudió si por el solo hecho de la suscripción del formulario se podía entender la afiliación al sistema, toda vez que antes del fallecimiento del cónyuge se había traslado a una AFP, pero ninguna cotización realizó a dicha entidad.

En esa oportunidad la Corte dijo que "**en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado"** (negrilla fuera del texto original) los aportes al sistema toman mayor relevancia, no como un requisito ad substantiam actus, sino como "una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existan dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen"; de ahí, que en materia de seguridad social se analice con mayor detalle la "intención real del trabajador" por encima de las formalidades.

Continúo diciendo que no solo los aportes son la única expresión de la voluntad, sino que también pueden serlo las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros actos de relacionamiento que permiten evidenciar esas acciones concretas del afiliado que demuestran su adherencia al régimen y la voluntad inequívoca de permanecer en él; es decir, que haya correspondencia entre la voluntad del afiliado y la acción que ejecuta, que no quede duda de que la realidad "sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado".

Además, "*La afiliación -concretada mediante el diligenciamiento, firma y entrega del formulario- es un requisito legal vigente de acceso a las prestaciones del Sistema General de Pensiones. Ocurre, sin embargo, que hay eventos debatibles que presentan ciertas oscuridades que deben ser clarificadas mediante la aplicación del principio de la realidad sobre las formas y la interpretación actualizada de las normas jurídicas conforme a los parámetros constitucionales, lo cual, desde luego, no es un desafuero de la justicia sino una expresión de su deber de «garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución» (art. 2 CP)".*

Tesis que fue tomada por la Sala de Descongestión Laboral No. 4 de la Corte Suprema de Justicia, para concluir que los traslados horizontales también eran una expresión de la voluntad del afiliado de permanecer en el sistema; sin

embargo, la Sala de Descongestión No. 2 no aplicó tal teoría, en tanto consideró que esas movilidades no tenían "la potencialidad de ratificar que el traspaso de régimen se efectúo con los parámetros informativos suficientes", como se observa en las sentencias SL080 y SL085 de 2022.

Ahora, el Magistrado Gerardo Botero Zuluaga de la Sala Permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL5205 de 2022 al revisar una ineficacia de la afiliación, en la que el Tribunal aplicó la teoría de actos de relacionamiento, señaló que tal postura era contraria a lo expuesto desde vieja data – rad. 31989 de 09-08-2008 – **en la medida que, una vez acreditada la ineficacia, el acto no se torna en eficaz por el solo hecho de que se produzcan traslados horizontales entre administradoras,** siendo enfática la Corte en indicar:

"*Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerase que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado".*

Por lo que corrigió cualquier otro criterio vertido en ese sentido, en especial, el contenido en las sentencias SL3752 de 2020, SL4934 de 2020, SL1008 de 2021, SL 1061 de 2021, SL2439 de 2021, SL2440 de 2021 y SL2753 de 2021, "*por no encajar en la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral permanente, única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social".*

Entonces, se reitera, los traslados horizontales entre administradoras no son suficientes para establecer que la asimetría de la información se superó, pero pueden existir otros actos que sí demuestren la verdadera intención del afiliado de permanecer en el RAIS, pero, en todo caso, se debe analizar si esa asimetría de la información desapareció o si por el contrario no fue superada con los actos que pudo exteriorizar el afiliado.

2.2. Fundamento fáctico

Auscultado en detalle el expediente aparece que la señora Ligia Cuartas Echeverry nació el 12-01-1959 (pág. 11 y 12 del doc. 1 del c. 1); se afilió al RPM a través del ISS el 01-04-1981, como da cuenta la historia laboral de Colpensiones actualizada al 23-08-2018; por lo que para el 01-04-1994, data en que estaba laborando para la Fundación Liceo Inglés Pereira tenía 35 años 2 meses y 20 días y un total de 548.71 semanas cotizadas, por lo que era beneficiaria del régimen de transición por edad.

Luego, se trasladó para Colfondos S.A. el 18-03-1999 efectivo el 01-05-1999, como da cuenta el formulario de afiliación y el certificado de Asofondos (pág. 3 y 4 del doc. 6 del c.1).

Además, se allegó documentación atinente a su historia laboral tanto de Colpensiones como de la AFP; piezas procesales que son insuficientes para dar por demostrado el deber de información idónea y completa que se requería entregar a la potencial afiliada acerca de las implicaciones del cambio de régimen pensional; esto es, con sus características, condiciones, riesgos, consecuencias, para así acreditar una asesoría diligente y cuidadosa en la entrega de información y buen consejo.

Así, en sentir de nuestro órgano de cierre, dicha carga probatoria podría haberse alcanzado sí, teniendo en cuenta el desenvolvimiento de una entidad financiera

como la AFP y el tráfico normal de sus actividades, entonces ésta hubiese dejado huella de cada uno de los deberes impuestos a su cargo, detallando y documentado cada uno de los pasos realizados para obtener la afiliación de un trabajador a ese nuevo régimen pensional en todo tiempo.

Luego, atendiendo las sentencias citadas debía la AFP demandada entregar a la justicia pruebas que revelaran el cumplimiento fehaciente del deber impuesto para lo cual, si realizó reuniones, entonces, allegara el levantamiento de actas en las que se refleje el nombre de los instructores y asistentes, los temas tratados o desarrollados, las consultas absueltas, los niveles de satisfacción de tales respuestas a las consultas, etc.; pasos que se erigen como un hilo conductor, que lleven al juez el convencimiento de que al usuario se le dispensó la información adecuada y precisa, en aras de hacer la mejor elección.

Sin que las declaraciones de Margarita Pineda Restrepo y Diego Cuartas Echeverry acrediten algo diferente, en la medida que, la primera, señaló que fue compañera de trabajo de la demandante al momento del cambio de régimen; que fueron convocados a la biblioteca del colegio y allí estaba un asesor de Colfondos S.A. quien les dijo que el ISS se iba acabar y que en el fondo privado era mejor la mesada pensional y que debían trasladarse por esos motivos y; el segundo, agregó que luego de esa charla se dio una asesoría personal, pero por espacio de 10 minutos para la firma del documento; información insuficiente para dar por demostrado ese deber que le asistía a la AFP demandada; en especial, sobre las consecuencias de su traslado al ser la actora beneficiaria del régimen de transición por edad.

Se aclara que, pese a que se recibió la declaración de Olga Lucía Quintero Vicuña, cuñada de la demandante, esta nada refirió sobre el tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo el traslado de aquella a Colfondos S.A. al no tener conocimiento sobre el mismo.

De lo anterior, se concluye, que la AFP omitió cumplir con la carga de demostrar que le brindó a la parte actora la información suficiente respecto a lo que más le convenía, a fin de que tomara una decisión razonada; dando a conocer las diferentes alternativas y efectos que acarreaba el cambio de régimen, en especial, las consecuencias de su traslado respecto del beneficio transicional a que tenía derecho por edad, todo lo anterior en ejercicio del deber de información y buen consejo que les asiste a las entidades administradoras, sin que se haya probado alguno de los comportamientos a los que ha hecho referencia nuestra superioridad como actos de relacionamiento para concluir lo contrario.

Lo expuesto es suficiente para confirmar la decisión de primer grado que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS.

No siendo otra la acción a estudiarse en este asunto, como lo apuntó de manera categórica el órgano de cierre de esta especialidad; ineficacia que tiene cabida para quienes tengan o no un beneficio transicional, en tanto, el objeto de esta acción es verificar si en el acto jurídico de traslado se cumplió por la AFP el deber de información; además, debe recordarse que como lo dijo la Corte**,** la única sanción posible ante una afiliación desinformada es la ineficacia, por lo que no prospera la apelación de Colpensiones.

Sin que la decisión adoptada en primera instancia transgreda la prohibición de traslado de régimen cuando falten 10 o menos años para alcanzar la edad para pensionarse, pues se dispuso el retorno al RPM como consecuencia de la ineficacia, por cuanto no produjo efectos el traslado al RAIS, por lo que no fue un traslado propiamente dicho, es decir, voluntario; en consecuencia, no se comparten los argumentos de la apelación de Colpensiones.

Sobre el punto de inconformidad de la AFP, encuentra la Sala que la *a quo* actuó conforme lo tiene dicho nuestra superioridad, en tanto, la devolución, entre otros de gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, son una consecuencia directa de la declaratoria de ineficacia del

traslado de régimen pensional, institución a la que le es aplicable el artículo 1746 del CC, que se ocupa de las restituciones mutuas y por ello se debe **devolver todo aquello que se recibió con ocasión al negocio jurídico, el cual nunca produjo efectos**; estudio que debe de hacerse de oficio por el juzgador en todas las especialidades y, por ende, proceder así a garantizar la sostenibilidad financiera, por lo dicho no sale avante este argumento de apelación propuesto por la AFP.

Ahora, en relación con el bono pensional tipo A modalidad 2 (que se causan con 150 semanas cotizadas al ISS antes del 01 de abril de 1994), se desprende de la historia laboral de la AFP que la demandante tenía derecho a este, de permanecer en el RAIS, cuya fecha de redención fue el 12-01-2019, data en que cumplió la edad de 60 años al ser su natalicio el mismo día y mes de 1959; por lo que de haberse respetado los términos de ley éste dinero ya debió ingresar a la cuenta de ahorro individual del afiliado, dado que su pago se realiza dentro del mes siguiente a su redención al tenor del artículo 17 del Decreto 1748 de 1995; de tal manera que era necesario disponer su restitución a la OBP al ser ésta el emisor del mismo de conformidad con el Decreto 1299 de 1994, por lo que se adicionará la sentencia en este sentido, de haber sido consignado en la cuenta individual del accionante.

Pero de no haber sido pagado, se ordenará comunicar esta decisión a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, con el fin de que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, proceda a anular o dejar sin vigencia, el bono pensional que se haya generado a favor del accionante.

En lo que refiere a la imposición de costas de la que se duele Colfondos S.A. cumple advertir que sí había lugar a las mismas, en tanto que es una carga objetiva que tiene que afrontar por resultar vencido en juicio al tenor del artículo 365 del CGP, así lo dijo nuestra superioridad recientemente "*Así las cosas, se entiende que la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige*

contra el patrimonio de la parte vencida en el respectivo trámite y que otorga, a favor del vencedor, un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se hubiere visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el respectivo mecanismo, le impone en su interés a seguir atendiendo el proceso y realizar nuevas erogaciones; asimismo, no puede olvidarse que las normas procesales no son una concesión opcional del legislador, pues son de orden público, lo que conlleva su obligatorio cumplimiento, no pudiendo los jueces soslayar su acatamiento".

Finalmente, en relación con los medios exceptivos formulados por Colpensiones, beneficiario de la Consulta, hizo bien la jueza al declararlos nos probados con ocasión al argumento principal aquí esbozado en la parte normativa y fáctica, sin que sobre reiterar que esta acción es imprescriptible en los términos que expuso nuestra superioridad y que atrás se explicó.

2.2. Pensión de vejez

Respecto del reconocimiento de la pensión de vejez, debe advertirse que la señora Ligia Cuartas Echeverry es beneficiaria del régimen de transición por edad al contar para el 01-04-1994 con 35 años de edad; beneficio que se le extendió en el tiempo hasta el 31-12-2014, toda vez que para el 25-07-2005, data en que entró a regir el Acto legislativo 01 de 2005 tenía **1099,47** semanas (pág. 14 del doc. 01 del c. 1) y no 1040,22 septenarios, como lo señaló la *a quo,* sin que pueda evidenciarse la razón para este guarismo menor en la medida que nada dijo frente a la fecha en que comenzó a contabilizar las semanas y mucho menos los documentos que tuvo en cuenta.

De igual manera, se acreditó que la demandante cumplió la edad de 55 años el 12-01-2014 y aglutinó para esa época más de 1000 semanas, por lo que había lugar a reconocer la pensión de vejez bajo los postulados de Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, como lo hizo la *a quo*.

En cuanto a la fecha de disfrute, se tiene que será a partir del día siguiente de la última cotización o retiro del sistema, que para este caso lo fue el 15-01-2017 y no como lo dijo la *a quo* – 01-01-2017 – en la medida que según la historia laboral de Colfondos S.A. actualizada a 28-05-2021 en ese mes cotizó un total de 14 días que fueron desde el 18-01-2017 al 31-01-2017 con el empleador Velásquez Candamil S.A.S.; de ahí, que haya lugar a modificar la sentencia en este aspecto.

Entonces, para la liquidación del IBL es necesario tener en cuenta el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que dispone que se obtendrá con el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años o por toda la vida, siempre que el afiliado haya aglutinado 1250.

En efecto, realizadas las operaciones matemáticas de rigor se tiene que el IBL por toda la vida laboral ascendería a $1´399.846,52 mientras que por los últimos 10 años sería de $1´528.258; de ahí, que no salga avante la impugnación de la demandante, al ser más beneficioso realizar la liquidación con el promedio de los últimos 10 años, como lo señaló la primera instancia, en atención al IBC reportado en este último tiempo.

Así, al aplicarse al IBL - $1´528.258 una tasa de reemplazo del 90% al tener aglutinado durante toda su vida laboral 1689,57 semanas, arroja como valor de la mesada pensional la suma de $1´375.433, como acertadamente lo indicó la primera instancia, y en razón de en razón de 13 mesadas pensionales; cuyo retroactivo pensional liquidado hasta un mes antes del proferimiento de esta decisión asciende a $114´946.796.

Sin que haya operado la prescripción sobre las mesadas, pues una vez causado el derecho -12-01-2017- cuando cumplió el requisito de la edad al ser su natalicio el mismo día y año de 1959, presentó la reclamación administrativa ante Colpensiones el 08-11-2018, cuando tampoco aparecía como su afiliada; reclamación que tiene plena eficacia en razón a la sentencia que se confirma,

pues se entiende que nunca lo dejó de ser e incoó esta acción -29-07-2019- por lo que no alcanzó a pasar los 3 años del fenómeno deletéreo.

CONCLUSIÓN

Conforme lo expuesto, se adicionará el numeral 4° y se modificarán los numerales 7° y 8°; en lo demás se confirmará la sentencia.

Sin lugar a condena en costas al no prosperar los recursos de apelación tanto de la parte demandante como de la demandada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 4° de la sentencia proferida el 09 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido **Ligia Cuartas Echeverry** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones y Colfondos S.A.** en un literal, que para mayor comprensión queda así:

ORDENAR *a Colfondos S.A. a restituir a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor del bono pensional tipo A modalidad 2, en el evento de que haya sido pagado a favor del Ligia Cuartas Echeverry en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexado; indexación que se hará con cargo a sus propios recursos.*

COMUNICAR *esta decisión a la OBP del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, con el fin de que, en un trámite interno y a través de canales institucionales, proceda a anular o dejar sin vigencia, el bono pensional que se haya generado a favor del accionante.*

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales 7° y 8° de la sentencia para precisar que la fecha de disfrute de la pensión de vejez lo es a partir del 15-01-2017, día siguiente al retiro del sistema**;** data a partir de la cual se debe liquidar el valor del retroactivo pensional, que hasta el mes anterior al proferimiento de esta decisión, asciende a $114´946.796.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada**.**

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia por lo dicho en precedencia.

Notifíquese y cúmplase,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada Ponente
Aclara de voto
Con firma electrónica al final del documento

En uso de compensatorio
JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada
Con firma electrónica al final del documento

Ordinario Laboral
Rad. 66001-31-05-001-2019-00324-01
Ligia Cuartas Echeverry vs. Colpensiones y Colfondos S.A.

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Como es conocido por la sala que integro y únicamente con ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia STL4759-2020 en la que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en todos los asuntos de ineficacia de afiliación acogiera íntegramente la jurisprudencia emitida por ese alto tribunal, es que cuando he fungido como Magistrada Ponente o he integrado las otras salas de decisión de este tribunal, proceden las declaratorias de ineficacia de traslado realizado por la parte demandante del RPM al RAIS, y debido al grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se han adicionado, en algunos casos, las decisiones de primer grado para adecuar la devolución de dineros que la AFP debe realizar a Colpensiones.

En ese sentido, aclaro que las decisiones emitidas en ese sentido obedecen al respeto por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y al exhorto realizado en la citada decisión de tutela, pese a que en mi criterio y hasta la decisión que emití como magistrada ponente de la Sala de Decisión Segunda el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, amparada en las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 me había apartado del criterio de la citada Corte Suprema de Justicia que ahora solo rememoro brevemente para que, ante una nueva recomposición de la alta magistratura o un eventual cambio de criterio, aunado a la movilidad del pensamiento jurídico de nuestro país, puedan ser considerados en otro momento.

Así, a mi juicio cada vez que un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994 – especialidad de la norma, sobre la general-, y no la ineficacia de la afiliación, puesto que esta última acción de ninguna manera contempla la omisión o error de información por parte de la AFP como el supuesto de hecho que debe probarse para dejar ineficaz un negocio jurídico, con fundamento en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93, pues allí únicamente se contempló al empleador o cualquier otra persona afín a dicha calidad, como la única persona que puede infringir o coartar los derechos de libre escogencia del trabajador afiliado.

Además, en la exposición de motivos de la Ley 100/93 se señaló que el origen de esta norma devenía, entre otros, para ofrecer alternativas diferentes a los trabajadores colombianos en materia de pensiones, y por ello se creó el Sistema de Ahorro Pensional basado en la capitalización individual de las contribuciones de los trabajadores y empleadores, todo ello en razón a los nuevos mandatos constitucionales – art. 48 C.Po. – y la apertura económica que acaecía para la época, a través de la cual se permitió a particulares prestar servicios públicos; por lo que, resultaba desacertado interpretar que el legislador en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93

cuando se refiere al empleador o cualquier persona natural o jurídica, incluyó **tácitamente** a la AFP, pues de haber querido regular su comportamiento, explícitamente lo hubiera incluido como infractor de tal norma, pero no lo hizo.

Con la claridad anterior y teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 31 del Código Civil, ninguna persona podrá realizar analogías de leyes prohibitivas, todo ello para extender sus consecuencias a eventos que la norma no regula, entonces en tanto los artículos 13 y 271 de la Ley 100/93 contempla una sanción, no podrá hacerse símil alguno para derivar de allí, un sujeto que el legislador no contempló.

No puede obviarse el principio de interpretación del ordenamiento jurídico que exige la aplicación de la norma especial sobre la simplemente general, de manera tal que para el caso de ahora siempre deberá aplicarse el aludido Decreto 720/94, sobre las disposiciones generales contenidas en la Ley 100/93.

El precedente o doctrina probable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia trasgrede la cláusula constitucional 90 y los artículos 2341 y 2343 del Código Civil, porque *"el Estado únicamente responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas",* y por ello, obligar a Colpensiones al pago de las pensiones de los nuevos afiliados, con ocasión a los retornos al RPM debido a las declaraciones de ineficacias de afiliación, implica un grave detrimento de los legítimos intereses de todos los afiliados que fielmente han permanecido en el RPM, y que de no alcanzar con los aportes y rendimientos de los afiliados que constituyen un fondo común, deberá la nación con su patrimonio atender.

Este último argumento se encuentra en consonancia con las sentencias de constitucionalidad mencionadas por la parte accionante, específicamente la C-1024-2004 pues precisamente se impide que personas que cuentan con menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión retornen al sistema que abandonaron hace más de una década.

En conclusión, considero que otro es el camino que debe abrirse para efectos de resolver los procesos tendientes a obtener la ineficacia de afiliación al RAIS y por ello, válido es memorar la aclaración de voto realizada por el Magistrado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ,** dentro del proceso No. 57458 para recordarnos que la obligatoriedad no es una característica propia de nuestra jurisprudencia, pues ésta en realidad se caracteriza por ser uniforme, continua y particular, de manera tal que cuando cambien las circunstancias que dieron lugar a tal uniformidad, entonces podrá abrirse una nueva respuesta a esta clase de asuntos.

En estos términos aclaro mi voto,

Sin necesidad de firma (Inciso 2° del artículo del Decreto 806 de 2020 y 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada

Firmado Por:

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 4 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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: 4c152d13d53f9c2d8db81cc4d279c055528f35cbc213b5b46fc115bda56250b3
Documento generado en 12/12/2022 11:31:36 AM

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