

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Radicación:	05001310501420200027001
Proceso:	Ordinario
Demandante:	IMELDA ZORRO ROJAS
Demandado:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A
M. P.	MARIA PATRICIA YEPES GARCIA SL TSM
Fecha de fallo:	05/05/2023
Decisión:	CONFIRMA, MODIFICA, ADICIONA Y REVOCA

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

Se fija hoy 08/05/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, cinco (05) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	IMELDA ZORRO ROJAS
DEMANDADAS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A
ORIGEN	Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín
RADICADO	05001-31-05-014-2020-00270-01
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional
CONOCIMIENTO	Apelación y consulta
ASUNTO	Sentencia de segunda instancia

En la fecha señalada, la Sala Sexta de decisión Laboral, integrada por las Magistradas ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE y la Ponente MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del art. 13 de la Ley 2213 de 2022 profiere sentencia escrita, dentro del proceso ordinario laboral promovido por IMELDA ZORRO ROJAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda¹

La señora Imelda Zorro Rojas formula demanda contra Colpensiones y Protección S.A., pretendiendo se declare: **i)** la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional realizado ante Protección S.A., y se entienda sin solución de continuidad su afiliación ante el Régimen de Prima Media -RPM- administrado por Colpensiones, y como consecuencia de lo anterior se ordene a: **ii)** Protección S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante; y a Colpensiones **iii)** recibir tales aportes para proceder su conversión en semanas de cotización. Adicionalmente, se ordene **iv)** el reconocimiento y pago efectivo de la pensión de vejez conforme al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación del Decreto 758 de 1990, en forma retroactiva y debidamente indexada; **v)** se ordene a Protección S.A. reconocer y pagar indemnización plena de perjuicios, comprendiendo por perjuicios materiales lo correspondiente a *Lucro Cesante consolidado y futuro*, el valor de los dineros dejados de percibir por concepto de retroactivo pensional e intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; y en lo correspondiente a *daño emergente* el valor de los honorarios profesional de abogado; **vi)** costas y agencias en derecho; **vii)** lo ultra y extra petita.

¹ 01PrimeraInstancia; 03. 2020-00270 Demanda.pdf, pág. 1/7

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 29 de noviembre de 1957. Se afilió al ISS a partir del 1° de mayo de 1985 a través de diferentes empleadores como Universidad Nocturna y Sena -Regional Bogotá-, en forma interrumpida, hasta el 1° de julio de 1990, para un total de 49,43 semanas cotizadas, de las cuales se laboraron simultáneamente 36,71 semanas ante el Ministerio de Educación Nacional, con quien comenzó a laborar el 21 de agosto de 1986, en calidad de Docente de Cátedra, hasta el 31 de octubre de 1996, cotizando 532,14 semanas a través de CAJANAL. El 7 de noviembre de 1996, suscribió traslado de régimen hacia Colmena –hoy Protección S.A., como consecuencia de una asesoría en la que se omitió brindarle información suficiente con debida diligencia, sin proyección técnica, clara y precisa sobre las formas y variables en que obtendría su mesada pensional en ambos regímenes, que le permitieran tomar la mejor opción pensional, ni se le informó sobre su derecho de retracto ni sobre la pérdida de régimen de transición.

Cuenta que, si bien labora para algunas universidades públicas, lo hace en calidad de docente externa o de catedra, razón por la cual, nunca ha ostentado la calidad de empleada pública, ha cotizado en toda su vida laboral un total de 1.638,04 semanas al 30 de julio de 2020 y a la fecha continúa realizando aportes ante Protección SA.; fue en principio beneficiaria del régimen de transición y pudo haberlo conservado, a más tardar hasta el 31 de diciembre de 2014, por cuanto a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con más de 750 semanas.

En el año 2017 solicitó a Protección S.A. una simulación pensional con el fin de conocer las condiciones bajo las cuales se pensionaría, entidad quien, mediante respuesta del 19 de mayo de 2017, señaló que su mesada pensional ascendería a \$1'249.790, razón por la cual acudió en la misma fecha ante Colpensiones, pretendiendo retornar a dicha AFP, solicitud que fue rezada. El 16 de julio de 2020, solicitó ante Colpensiones el traslado del RAIS al RPM, petición negada bajo el argumento de que se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse. Resalta que, de haber permanecido en el RPM, su pensión bajo el régimen de transición en aplicación del Decreto 758 de 1990, ascendería aproximadamente a \$5.830.348, mientras que en Protección S.A. sería de \$4.580.558.

Solicitó verbalmente a sus empleadores, el reporte de la novedad de Retiro del Sistema General de Pensiones, siendo negada su solicitud argumentando que en virtud de la Resolución 3559 del 28 de agosto de 2018 expedida por el Ministerio de Salud y Protección S.A., debía solicitar formalmente su pensión de vejez para poder reportar dicha novedad; trámite que no es posible pues no desea hacer efectivo reconocimiento pensional alguno ante Protección S.A.

Advierte que aun cuando la mesada pensional de la demandante calculada con los IBC hasta noviembre de 2019 ascenderá a \$5'830.348, la diferencia frente a la pensión que estaría devengando en la actualidad si se hubiese pensionado en el año 2012, es de \$1'121.775, diferencia con la que recuperaría el dinero dejado de percibir por retroactivo en 372 meses, equivalente a 31 años aproximadamente, rebasando su expectativa probable de vida de 80 años, además, siendo trabajadora del sector privado podría estar gozando de su pensión de vejez y continuar recibiendo el salario devengado como docente. El perjuicio económico generado por el traslado a la AFP Protección S.A. se evidencia en el retroactivo pensional dejado de percibir, en los intereses moratorios sobre dicho retroactivo, y finalmente en el valor de los honorarios profesionales de abogado en que tuvo que incurrir para poder iniciar el presente proceso judicial, que además se sigue generando calculado sobre la expectativa de

terminación del proceso judicial y pago efectivo de la pensión de vejez, de 4 años proyectados, que ascienden a \$330.178.096

Oposición a las pretensiones de la demanda:

Quienes conforman la pasiva, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, así:

i) Colpensiones²:

Por carecer de fundamentación legal y fáctica, puesto que incumbe a la parte actora probar los supuestos de hecho y de derecho de sus pretensiones toda vez que, aduce, al solicitar el demandante el pretendido traslado y ser negado por parte de la AFP Protección, se realizó con fundamento en las normas aplicables al caso concreto y en las pruebas obrantes en el expediente administrativo e indica, que imponerle una carga adicional a la AFP, más allá del formulario de afiliación, sería desproporcionada e imposible de cumplir. Manifiesta que no se puede desconocer escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la calidad del demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el régimen pensional.

Tampoco le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, por estar inmersa dentro de la prohibición para trasladarse del RAIS a Colpensiones, pero de concluir que sí tiene derecho, no se configura retroactivo pensional dado que la actora no se encontraba afiliada a la entidad y tampoco presentó novedad de retiro, además de considerar que, le asiste derecho, el retroactivo debe estar a cargo del fondo privado quien tuvo hasta la fecha las cotizaciones y/o capital de la actora.

Excepcionó: imposibilidad de retornar al RPM por falta de requisitos legales, improcedencia de la declaratoria de invalidez del traslado, carga dinámica de la prueba, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración-seguros previsionales-comisiones indexados, inexistencia de la obligación de reconocer la pensión de vejez y su retroactivo, improcedencia de intereses de mora, inexistencia de la obligación de reconocer perjuicios, prescripción, imposibilidad de condena en costas y compensación.

ii) Protección S.A.³:

El acto de afiliación es válido, eficaz y exento de vicios, se realizó atendiendo los lineamientos legales vigentes para la época en que se suscribió el formulario de afiliación, donde la afiliada manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS al plasmar su firma allí, previa asesoría brindada de manera completa, clara y comprensible sobre las características del régimen, sin ejercer fuerza o presión alguna, acto que generó derechos y obligaciones para ambas partes; teniendo la afiliada varias oportunidades de retornar al RPM sin que hiciera uso de su facultad. En consecuencia, no existe ningún motivo legal o fáctico para proceder con la ineficacia alegada y no se puede acceder a ella por simples expectativas económicas, pues no era posible para la entidad prever con exactitud el monto de la pensión de la actora con el salario y beneficiarios de la época en que se afilió, no constituyendo omisión de información, pues ello obedece a cambios normativos y al comportamiento de la cuenta de ahorro

² 01PrimeraInstancia; 07. 2020-00270 MemorialContestacionDemandaColpensiones.pdf

³ 01PrimeraInstancia; 08. 2020-00270 MemorialContestacionProteccion.pdf

individual de la demandante. Sobre los perjuicios deprecados afirma son improcedentes pues no basta indicar que sufrió un daño, sino que es necesario demostrarlo, así como el nexo causal existente entre el daño y la conducta de la entidad. Finalmente refiere que, se configura el fenómeno de prescripción del artículo 1750 del Código Civil por haber transcurrido 4 años, lo que implica la convalidación del acto, así como los del artículo 151 del CPTSS y 488 del CST.

Excepcionó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, 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 cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos a terceros de buena fe, y la que llamó “innominada o genérica”.

Sentencia de primera instancia⁴

El 15 de julio de 2022, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS. Condenó a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo los rendimientos financieros y las comisiones de administración, que contienen lo pagado por seguro previsional y la garantía de pensión mínima. Condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la actora en el RPM sin solución de continuidad. Ordenó a Protección S.A. comunicar dentro de los 10 días siguientes a la Oficina de Bonos Pensionales el contenido de la decisión.

Condenó a Colpensiones reconocer y pagar en favor de la actora dentro del término de 4 meses siguientes al recibo de los dineros por parte de Protección S.A. la pensión de vejez en virtud del régimen de transición contenido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con una tasa de remplazo del 90% por acreditar más de 1.250 semanas de cotización, advirtiéndole que el IBL será determinado según las reglas del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en razón de 13 mesadas anuales, por causarse con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, sin perjuicio de los incrementos de ley, a partir de la fecha en que se verifique la última cotización efectiva al sistema. Autorizó a Colpensiones descontar las cotizaciones en salud. Condenó a Colpensiones a indexar las mesadas pensionales que se causen; declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a Protección S.A., señalando como agencias en derecho la suma de \$2'000.000 de pesos. Se exonera de costas a Colpensiones.

Para fundamentar lo decidido, la juez de primera instancia acudió al precedente judicial vigente en la materia y señaló que a Protección S.A. le correspondía demostrar el cumplimiento de su deber de información en forma eficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible antes de la suscripción del formulario de afiliación, carga probatoria que no satisfizo con el interrogatorio de parte, ni con los documentos aportados al proceso, declarando en consecuencia la ineficacia de traslado de régimen pensional.

⁴ 01PrimeraInstancia; 29. 2020-00270 ActaAudienciaArticulo80.pdf

Negó la indexación de los gastos de administración, porque la cuenta de ahorro individual ha generado unos incrementos financieros, que nunca tendría el fondo público, los que se consideran suficientes para compensar la pérdida de cualquier devaluación de la moneda.

Concluyó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, el cual conservó por haber acreditado más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, teniendo derecho a que por favorabilidad se aplique su pensión bajo Ley 71 de 1988, que exige como requisitos 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y 55 años de edad, los que cumplió el 29 de noviembre de 2012, advirtiendo que para el disfrute de la prestación deberá contar con la desafiliación del sistema, la cual se reconocerá con una tasa porcentual del 75%. Negó los intereses moratorios, y accedió a la indexación de la condena.

Negó la indemnización de perjuicios porque no tienen sustento probatorio y en virtud de que la H. CSJ ha fijado estos perjuicios sobre quienes ya se encuentran pensionados en el RAIS, no procediendo para casos como el de la demandante.

Recursos de apelación

i)Demandante: inconforme parcialmente con lo decidido solicita al H. TSM analizar las siguientes pretensiones que le fueron desfavorables.

a) El reconocimiento del retroactivo pensional, afirmando que si bien contaba con los requisitos mínimos para acceder a la prestación desde el año 2012, continuó efectuando aportes al sistema, en razón de la información reiterada que recibió por parte de Protección S.A. en cuanto a que debía continuar cotizando para tener una pensión de vejez digna, y aun cuando buscó ser retirada del SGSP por parte de su empleador una vez acreditó los requisitos mínimos para la pensión de vejez, tal solicitud fue negada sustentada en la Resolución 3559 del 28 de agosto de 2018 que no posibilita el retiro al sistema pensional, sin antes recibir informe por parte de las AFP, sobre el inicio de trámite pensional, lo cual en el caso de la actora no era posible, al no estar dispuesta a aceptar la prestación ofrecida en el RAIS y porque Colpensiones no podía resolver tal solicitud por no estar afiliada ante ella. Así, llama la atención en que la demandante acredita más de 1.700 semanas de cotización que le permiten obtener su prestación bajo el Decreto 758 de 1990 con una tasa de reemplazo del 90%, por lo cual no es proporcional ni justo que una persona que le dio más al sistema se vea perjudicada, debiendo acudir al presupuesto de la inducción a error tratado por la H. CSJ, aun cuando no es un presupuesto que encaje directamente, puesto que la demandante estuvo imposibilitada para que sus empleadores efectuaran la novedad de retiro, y porque las semanas adicionales ya cotizadas no redundan en ningún beneficio.

b) Debe ordenarse a Protección S.A. al pago de perjuicios relativos al lucro cesante, compuesto por las mesadas pensionales dejadas de percibir por la demandante desde el cumplimiento efectivo de los requisitos para acceder a la prestación, porque es evidente el perjuicio ocasionado, porque al laborar para entidades privadas, hubiese podido acceder a su pensión de vejez y continuar ejerciendo su labor como docente, no obstante, esta no pudo acceder a la prestación desde el cumplimiento de los requisitos.

ii) Colpensiones: inconforme parcialmente con lo decidido, la recurre en apelación con el fin de que se modifique la sentencia y se ordene la indexación de las cuotas de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios, teniendo en cuenta que al declararse la ineficacia, estos dineros conjuntamente con sus

rendimientos, generan un enriquecimiento sin causa a su favor y de no trasladarse de esta forma indexada constituyen un desmedro para Colpensiones quien desde la selección inicial de la afiliada al RAIS no tuvo la administración de estas sumas dinerarias, las cuales servirían para efectos de capitalizar el fondo de naturaleza común y en este caso para gestionar y pagar la pensión a la cual tiene derecho la demandante.

Alegatos de conclusión en esta sede:

Una vez otorgado el término a las partes para alegar de conclusión en esta sede, ambas se abstuvieron de descorrerlo.

II. SON CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia de la Sala está dada por los artículos 66, 66A del CPTSS, respecto de los puntos objeto de apelación. Igualmente se surte el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, conforme al artículo 69 del CPTSS modificado por la Ley 1149 de 2007, y en acatamiento de la decisión de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicado 7382 de 2015.

Examinados los hechos y pretensiones de la demanda, así como la oposición formulada por las demandadas, y los argumentos de la decisión de primera instancia, interpreta la Sala, que el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar: **a)** la viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, de ser procedente dicha declaratoria, se precisarán, **b)** las consecuencias de dicha declaración, como el que su afiliación al RPM se considere sin solución de continuidad, así como lo concerniente a los conceptos que deben trasladarse desde la AFP del RAIS hacia Colpensiones, y el subsiguiente reconocimiento de la pensión de vejez. Lo anterior, dado que el fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda es el incumplimiento del deber legal de información por parte de las administradoras, lo que al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ocasionaría no la nulidad, si no la ineficacia del acto jurídico.

Adicionalmente se estudiará **c)** si hay lugar al reconocimiento del retroactivo pensional y **d)** el reconocimiento de indemnización de perjuicios en su arista de lucro cesante.

La sala se abstendrá de analizar la pretensión tendiente a obtener el reconocimiento de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y perjuicios por *daño emergente* por cuanto tales aspectos no fueron recurridos por la parte interesada.

Hechos relevantes probados documentalmente

Imelda Zorro Rojas nació el 29 de noviembre de 1957⁵. Inicialmente se afilió al extinto ISS el 1° de mayo de 1985⁶. Presentó vinculación al sector público nacional a través de distintas entidades, como Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, entre el 17 de octubre de 1989 y el 6 de junio de 1990⁷ y como empleada del Ministerio de Educación

⁵ 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 6 No se allegó registro civil de nacimiento, pero si copia de la cédula de ciudadanía que indica tal fecha la cual no fue discutida por la pasiva.

⁶ 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 7 y 08. 2020-00270 MemorialContestacionProtección.pdf, pág. 46

⁷ 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 21

Nacional entre el 21 de 8 de 1986 y el 31 de octubre de 1996⁸. El 7 de noviembre de 1996⁹ suscribió traslado con destino a Colmena Cesantías y Pensiones, hoy Protección S.A., proveniente de Cajanal, en razón de su vinculación con el Ministerio de Educación Nacional. Para el 3 de noviembre de 2020¹⁰ contaba con 1.114,14 semanas cotizadas durante toda su vida laboral, de las cuales 12,43 lo fueron ante el ISS. El 16 de julio de 2020¹¹, radicó formulario de afiliación en pensiones ante Colpensiones, entidad que en respuesta del mismo día, negó lo pretendido, por encontrarse a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez¹².

a) Viabilidad de declarar o no la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS.

Con la finalidad de determinar la eficacia o ineficacia de la afiliación al RAIS por parte del demandante, es menester acudir a los siguientes preceptos normativos que regulan la materia:

- i) Los artículos 48, 53, 335¹³ y demás normas concordantes de la Constitución Política;
- ii) La Ley 100 de 1993 en sus artículos 1¹⁴, 3, 4, 10, 12, 13 literal b, Inciso 3º del Literal c) del artículo 60, 90, 97, 271; iii) Artículo 4 y demás normas concordantes del Decreto 656 de 1994¹⁵; iv) Decreto 692 de 1994; v) El Decreto 663 de 1993, cuyo artículo 72 en su literal f) adicionado por el art. 12 de la Ley 795 de 2003, contiene prohibiciones expresas¹⁶ para las entidades del sector financiero entre ellas las AFP; y vi) los arts. 4, 10, 12 y demás concordantes del Decreto 720 de 1994¹⁷.

Adicionalmente es pertinente hacer un breve recuento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que estructura el tema, y está contenida en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de

⁸ 01PrimeralInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 12

⁹ 01PrimeralInstancia; 08. 2020-00270 MemorialContestacionProtección.pdf, pág. 43

¹⁰ 01PrimeralInstancia; 08. 2020-00270 MemorialContestacionProtección.pdf, pág. 88

¹¹ 01PrimeralInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 86

¹² 01PrimeralInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 87

¹³ Las actividades que desarrollan las AFP al tenor del **artículo 335 de la CN.**, son de interés público y su ejercicio está reglamentado por la ley, en razón de la función que desempeñan.

¹⁴ Consagró el artículo primero de esa ley 100, como objeto del aludido sistema: *garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad “para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan.”*

¹⁵ Conforme al **artículo 4** y demás normas concordantes del **Decreto 656 de 1994**, las administradoras se sitúan en el ámbito de la **responsabilidad profesional**, que **las obliga a prestar de manera eficiente, eficaz y oportuna los servicios** inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, considerados idóneos por sus conocimientos técnicos especializados y experiencia en compleja materia financiera, para garantizar derechos de sus asegurados; tal responsabilidad se mide con mayor rigor que el utilizado frente a las obligaciones entre particulares, en razón a la delegación del servicio público de seguridad social en pensiones que asumen en el RAIS, sostiene la SCL de la H. Corte Suprema

¹⁶ **Se les prohíbe: “No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”.**

¹⁷ Norma reglamentaria de los arts. 105 y parcialmente del 287 de la ley 100 de 1993 en cuanto al régimen de promoción y de responsabilidad de las sociedades AFP. disponiendo en el inciso final del artículo 4: QUE LAS ACTUACIONES DE LOS VENDEDORES EN EL EJERCICIO DE SU ACTIVIDAD OBLIGAN A LAS AFP, respecto de la cual se hubiere promovido la respectiva vinculación, es decir, comprometen la responsabilidad de éstas como establece su art. 10 y precisa en el art. 12 que tales promotores deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante la vinculación, y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, y SL1217, SL782 de 2021, basada en la necesidad de determinar si en cada asunto concreto, la AFP receptora de la afiliación satisfizo tanto para ese momento, como durante la vigencia de la relación con quien demanda la ineficacia, la obligación consagrada en el numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación, de “*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen*”. No pudiéndose predicar como sostiene la pasiva, ni la Superintendencia Financiera que, la existencia del deber de asesoría, solo se originó desde la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Advierte esa alta Corporación de Justicia sobre la necesidad de que la decisión del traslado de Régimen esté precedida de toda información relevante que el Fondo de pensiones proporcione a quien pretenda afiliarse, la cual, debe ser suficiente, completa y clara sobre las implicaciones que le conllevaría dejar el anterior Régimen y sus posibles consecuencias futuras. Pues, conforme al Estatuto Financiero de la época en los Artículos 97 y siguientes, consagró que las administradas debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, los siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, por ser determinante en ello, la falta de información al afiliado.

Múltiples Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín han considerado que, si bien los casos concretos abordados por la H. Corte Suprema de Justicia, refieren a personas que fueron beneficiarias del régimen de transición pensional consagrado en el art. 36 de la Ley 100/93, su *ratio decidendi* aplica para quienes se afilian al Sistema Pensional por primera vez o se trasladan entre regímenes en el marco del mismo, enfatizando en la necesidad de demostrar en cada proceso si la AFP suministró, a quien una vez fuera su potencial afiliado, *información clara, completa, suficiente*, en términos de transparencia y eficiencia, a fin de poder concluirse que la decisión adoptada entonces, obedeció a un conocimiento diáfano y preciso, no sólo de lo que se hacía, sino de las consecuencias que se derivarían de la suscripción del formulario de afiliación correspondiente y que por tanto, ese acto jurídico surgió de una real manifestación de voluntad, libre, espontánea y sin presiones.

Lo anterior, tal y como reitera la CSJ en sentencias SL 1688-2019 y 373 de 2020, que radica en la AFP el deber de brindar una información oportuna y adecuada, ello, indiferentemente de si se tiene o no beneficio transicional o si se está próximo a adquirir requisitos para pensionarse, “dado que la omisión al deber de información se predica frente a la validez o no del acto jurídico de traslado.”

Por estas razones, no es admisible lo argumentado por la pasiva en torno a que la suscripción del formulario acredita la libre e informada manifestación de voluntad del afiliado al momento del traslado, pues ello no constituye razón atendible para exonerar del cumplimiento de sus obligaciones a la Administradora, menos aún, por cuanto, en los asuntos como el presente, no se discute la capacidad jurídica de los celebrantes, ni la licitud de los traslados; se atiende es al hecho de haberse dado el traslado de régimen pensional sin que estuviese precedido de la satisfacción o del cumplimiento del deber de información por parte de la administradora que captó al afiliado, quien, según sus dichos al absolver el interrogatorio de parte, escuchó del asesor que tendría mejores garantías de pensión en dicho fondo.

Con independencia de que la afiliación se diera con antelación o en momento posterior a la regulación de deberes del consumidor financiero, las AFP deben, en un acto responsable y comprometido con su función social, dar a conocer a los potenciales afiliados, todas las implicaciones del traslado, como sostuvo la referida Corte en **sentencia SL 4360 de 2019** Radicado 68852.

Sobre la carga dinámica de la prueba, ha de indicarse que ésta radica en cabeza de las AFP que a través de sus agentes propiciaron el traslado de régimen del asegurado, tal y como se aprecia en la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es la AFP a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, al hallarse en mejor posición de ilustrarlo, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado, además, de estar facultado el fallador por el **artículo 167 del Código General del Proceso**, para distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos de convicción tendientes a esclarecer el objeto del litigio y en asuntos como el que hoy nos ocupa, sin duda quien debe cumplir dicha carga es la AFP del RAIS, por cuanto: i) Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, así como la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le haya entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; ii) Conoce y posee los datos de ubicación y preparación que recibió **el promotor vendedor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y posibilitó que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

En el sub-lite, mediante la prueba documental se evidencia que Imelda Zorro Rojas nació el 29 de noviembre de 1957, por lo que, al 1° de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP, contaba con 36 años por ostentar calidad de empleada pública al servicio del Ministerio de Educación Nacional, entidad del sector público nacional, y no tenía 15 o más años de servicios y/o cotizaciones, por tanto, fue beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en principio por edad. El 7 de noviembre de 1996¹⁸ suscribió traslado con destino a Colmena

¹⁸ 01PrimeraInstancia; 08. 2020-00270 MemorialContestacionProtección.pdf, pág. 43

Cesantías y Pensiones, hoy Protección S.A., proveniente de Cajanal, el cual acusa de ineficaz. El 16 de julio de 2020¹⁹, radicó formulario de afiliación en pensiones ante Colpensiones, entidad que en respuesta del mismo día, negó lo pretendido, por encontrarse a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez²⁰.

Adicionalmente, fue recaudado interrogatorio al demandante, sin que se produjera confesión de su parte, pues en torno a las condiciones presentadas durante su traslado hacia el RAIS, manifestó que se afilió a Protección S.A., en virtud a un asesoría recibida en su lugar de trabajo por asesores de diferentes fondos, donde le indicaron a ella y a sus compañeros de trabajo en una reunión grupal, que el sistema pensional del país se acabaría y que de afiliarse con los fondos privados no se perdería su ahorro, por lo cual posteriormente en una reunión individual suscribió el formulario de afiliación, y aun cuando leyó tal documento no tenía ninguna explicación frente a lo que para ella representaba estar en tal fondo, ni hacía ningún tipo de comparación. Niega que le hayan informado que su cuenta de ahorro pudiera generar rendimientos ni le preguntaron algo distinto a lo que ella misma llenó en el formulario, donde manifestó, entre otros aspectos, que vivía en unión libre y tenía dos hijos, sin explicarle para qué eran tales datos.

Protección S.A., no aportó elemento de convicción sólido donde se plasme la asesoría que dice haber brindado a la señora Zorro Rojas, en momento anterior a la suscripción del formulario de afiliación; siendo esta AFP quien se encargó de tramitar el traslado de régimen pensional, estaba llamada a demostrar que ese traslado de régimen no se vio afectado en su eficacia al suministrar la información suficiente, clara, completa al entonces potencial afiliado, pero se abstuvo de presentar prueba documental en ese sentido.

En este caso, la pasiva no acreditó la satisfacción de su ineludible deber legal de brindar al hoy demandante una oportuna información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en términos de transparencia y eficiencia respecto de la vinculación en los dos regímenes pensionales; ni sobre los beneficios e inconvenientes que le generaría el suscribirse a un régimen o a otro, y en general, las consecuencias del tal afiliación, entre ellas, las modalidades de la pensión, el capital necesario para acceder a la pensión de vejez de manera ordinaria, o anticipada, los componentes y variables para establecer el monto de la prestación económica en el RAIS y su comparativo en el RPM, los requisitos para heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecimiento, el derecho de retracto, las implicaciones de la negociación anticipada del bono pensional, la posibilidad e incluso la necesidad de hacer cotizaciones adicionales, para obtener la prestación de vejez en el RAIS, entre otros aspectos relevantes, para generar en el posible afiliado, verdadero consentimiento plenamente informado y por tanto, libre y voluntario en la selección o traslado de régimen de pensiones, y ese deber de información es exigible en cada etapa de la afiliación y ejecución del acto jurídico, como bien ha aclarado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

De ello no hay elementos de convicción en el plenario distintos del formulario de afiliación, sobre el cual la AFP Protección S.A. adujo que, estando suscrito por el demandante, quien lo hizo de manera libre y voluntaria, no es dable restarle valor y menos desconocer este acto; sin embargo, en este sentido, las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente

¹⁹ 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 86

²⁰ 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 87

declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. conforme al **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado recae en quien debió emplearlo y, ello no se satisface solo con allegar documentos previamente elaborados en los que se limita a llenar espacios en blanco, que suscriben las partes, sino con la evidencia real de que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre, y que la asesoría brindada fue suficiente para la persona. Lo cual, es acorde con lo normado en **los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994**, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, según los cuales, no se trata sólo de completar un formato, ni adherir a una cláusula genérica, sino de haber transmitido elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, sea que estuviere o no la persona en transición.

Los considerandos de esta providencia también sustentan que los actos del demandante posteriores al traslado, como su prolongado silencio, o el sufragar aportes, fueren indicadores de su intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, debiendo recordarse el reiterado precedente de la Sala de Casación Laboral, según el cual, el debate probatorio en los asuntos de ineficacia de traslado se encamina a establecer si, con anterioridad y al momento del acto de traslado, se cumplió el tantas veces nombrado deber de información, **sin considerar los actos posteriores que el afiliado pudiese realizar**, pues la jurisprudencia del órgano de cierre en materia de seguridad social ha dilucidado de manera uniforme que, si la debida asesoría no se brinda con anterioridad y/o al momento de la materialización del traslado, al no cumplir su propósito de generar consentimiento informado para el acto de traslado, se equipara a la ausencia de información (**SL1688-2019, SL2877-2020, SL2937-2021, SL3349-2021**), y adicionalmente, esa falta de información en esta materia, no se convalida por los traslados de administradoras dentro del Régimen de Ahorro Individual (SL3199-2021).

De ahí que, no procede adoptar el criterio aislado contenido en la providencia **SL2440-2021**²¹, donde una de las Salas de Descongestión de la CSJ., expuso la tesis de los llamados “actos de relacionamiento,” que valga anotar, había formulado la Sala de Casación Laboral permanente en la SL413-2018, en un proceso donde se debatía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, y fue necesario analizar la voluntad de permanencia del afiliado en un específico régimen pensional, por cuanto no resultaba diáfano a cuál de los regímenes pertenecía, litigio notoriamente ajeno a los asuntos de ineficacia de traslado de régimen pensional.

Conforme al precedente en cita, acogido por esta Sala, el incumplimiento de las mencionadas obligaciones de información por parte de Protección S.A., vulneradora de la libre y voluntaria selección de régimen prevista en el literal b del Artículo 13 de la ley 100 de 1993²² genera consecuentemente la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL

²¹ por la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral

²² **13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.** El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del

RAIS, como repuesta jurídica a la transgresión de ese deber legal y ello implica que, el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado en **sentencia SL4360 de 2019**, concluyendo en que: “la sanción impuesta en el artículo 271²³ de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado”, lo cual, da lugar a garantizar el derecho del accionante a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES y a declarar que ha permanecido afiliado, sin solución de continuidad, lo que conlleva a la reactivación de su respectiva afiliación en este último régimen.

Tales motivaciones permiten **confirmar** en ese aspecto la sentencia conocida en apelación.

b) Consecuencias de la declaratoria de ineficacia

Atendiendo al principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, con el fin de que COLPENSIONES cuente con los recursos necesarios, y fundamentalmente se garantice la no afectación financiera del régimen de prima media, y pueda satisfacer las prestaciones que se generen a su cargo, producto de la declaratoria de ineficacia, todos los recursos recibidos con motivo de la afiliación al régimen de Ahorro Individual, deben trasladarse a la administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto, tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, dado que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional se cubren las prestaciones causadas. Además de ser menester que, por efecto de la declaratoria de la ineficacia en asuntos como el abordado en este proceso, la parte beneficiada económicamente con el acto ineficaz por omisión del deber de información garantice que el patrimonio de la persona inducida a la afiliación no sufra deterioro, y pueda disfrutar de las prestaciones del RPM, como si hubiera permanecido en él, como ha dilucidado el precedente jurisprudencial de la H CSJ en SCL., que esta Sala acoge.

Bajo las referidas premisas, se **confirmarán, modificarán y adicionarán** las órdenes impartidas a **PROTECCION S.A.** desde la primera instancia, en el sentido que esta AFP del RAIS, dentro de los **30 días siguientes a la ejecutoria** de la presente providencia, no solo debe trasladar a COLPENSIONES **la totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros que se han generado durante todo el tiempo en que el hoy demandante figuró como afiliado al RAIS.

traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

²³ 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<1> en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta 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.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.

Sino que Protección S.A. también deben trasladar a la referida AFP del RPM, las cuotas de administración, el dinero con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras, por ellas descontadas durante el periodo de afiliación de la hoy demandante en cada una de ellas, pues no se discute la legalidad de tales descuentos, ni, si el dinero de la afiliada fue administrado adecuada y eficientemente, sino que, como consecuencia de la ineficacia del traslado inicial al RAIS, y por no haberse estudiado previamente a la afiliación de la situación particular de la hoy demandante, y no estando demostrado cuáles fueron los argumentos esgrimidos por las AFP para aseverar que cumplieron con los deberes de información que sostienen haberle dado, no es pertinente exonerarlas de la devolución de tales conceptos, independientemente de que Colpensiones no haya administrado el dinero de la afiliada, ni asumido los riesgos que esa actividad conlleva, no pudiendo discutir inexistencia de motivos para entregarlos, detrimento patrimonial, ni enriquecimiento sin causa para Colpensiones y la demandante, tampoco transgrede derechos de las demandadas, por evidenciarse la omisión de asesoría completa y previa a la migración de la accionante hacia el RAIS y dentro de ese mismo régimen, pues si bien existió una administración por parte de la AFP del RAIS, además del pago de seguros, consecuentemente a la declaratoria de ineficacia, todos los recursos deben trasladarse a Colpensiones, administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de la pensión que se genere en favor de la hoy demandante, como anteriormente se explicó.

Protección S.A., además deberá responder por la devolución de lo descontado por cuotas o gastos de administración durante el tiempo de afiliación de la demandante ante Colmena e ING Santander Pensiones y Cesantías, en este aspecto se adiciona la decisión de primera instancia, dado que, en virtud de la fusión presentada por esas AFP con Protección S.A., al celebrar el referido negocio jurídico, se subroga tanto en derecho, como en obligaciones respecto de sus afiliados, y debe protegerse el equilibrio financiero del RPM.

Se rememora que, para efecto de la devolución de conceptos hacia el RPM, con anterioridad, esta Sala de Decisión disponía que, el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que la afiliada hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente de la Corte Constitucional plasmado en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 de 2010** y **SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM, **y de otro lado**, y se abstenía de ordenar que las AFP del RAIS remitieran con destino a Colpensiones, los valores correspondientes a las sumas adicionales de las aseguradoras, tema que forma parte del recurso de apelación, ante las órdenes impartidas en la primera instancia que aquí se confirma.

Pero, retomando el punto, y por las mismas razones expuestas en este acápite, considerando el precedente de la Sala de Casación Laboral²⁴ contenido en sentencias

²⁴ Esta Sala atiende el precedente judicial original de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a partir la sentencia con radicado 31989 de 2008 y dando aplicación al artículo 1746 del Código Civil²⁴, en los cuales fundamentan la *ratio decidendi* de estos procesos, donde esa Alta Corporación determinó que por efecto de la entonces denominada nulidad, hoy ineficacia, generada con ocasión del actuar negligente de las AFP del RAIS, en materia de información, éstas se encuentran obligadas a remitir a Colpensiones no sólo las cotizaciones, rendimientos, si los hubiere, cuotas o gastos de administración, lo destinado a garantía de pensión mínima sino también las sumas adicionales de la aseguradora, por tanto, se adopta en estricto sentido lo decidido por nuestro órgano de cierre en la materia, ordenando a Protección S.A., que traslade a Colpensiones, los valores descontados al demandante durante el tiempo de su afiliación en ella, por concepto de aportes para la Garantía de Pensión Mínima, y con cargo a sus propios recursos, sumas adicionales de las aseguradoras, además de las comisiones de administración.

SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021, esta Sala ha precisado que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación de la hoy demandante en ella, se deben trasladar debidamente **indexadas** y con cargo a sus propios recursos, aspecto que hace parte del recurso de apelación de Colpensiones, y en el cual, **se adicionará** la decisión de instancia, con el fin de que se satisfagan en su valor actualizado, dado que la pérdida de poder adquisitivo de la moneda colombiana constituye un hecho notorio.

Al momento de cumplirse esta sentencia, los conceptos deberán aparecer detallados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

El cumplimiento de tales órdenes será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PROTECCIÓN S.A. sin trasladar consecuencias negativas al actor.

Se ordenará a COLPENSIONES recibir de PROTECCIÓN S.A., los recursos correspondientes a los conceptos aludidos, y se homologarán en el régimen de prima media las semanas cotizadas por el actor durante su afiliación en el RAIS.

Así las cosas, parcialmente se **confirmará, modificará, adicionará y revocará** la sentencia conocida en apelación, con fundamento en lo aquí motivado.

c) Resuelto el primer problema jurídico, se aborda ahora el derecho pensional pretendido en consulta en favor de Colpensiones.

Norma aplicable.

Para determinar si la hoy demandante consolidó o no el derecho pensional deprecado, se consideran los siguientes elementos fácticos y jurídicos: la actora nació el 29 de noviembre de 1957²⁵, siendo beneficiaria por edad del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, al contar con 36 años al 1° de abril de 1994, cuando entró en vigencia el SGSSP para ella, por ser empleada publica del sector nacional para esa época²⁶, como ya se dijo en líneas precedentes. Conservó dicho régimen hasta el 31 de diciembre de 2014, pues a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005²⁷, contaba con más de 750 semanas cotizadas, y satisfizo los requisitos de edad y semanas para noviembre del año 2012.

La hoy demandante presenta tiempos públicos cotizados, así como semanas de cotización como trabajadora independiente y como dependiente en el sector privado, lo que da lugar a estudiar la viabilidad de la pretensión conforme lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988 y Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, coincidentes en el requisito de 55 años de edad mínima exigida por ser mujer, y que cumplió el 29 de noviembre de 2012, por tanto, para definir la norma

²⁵ 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 6

²⁶ 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 12

²⁷ Acto Legislativo 01 de 2005. Artículo 1. Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014

aplicable a efectos de acceder a la pensión de vejez, debe atenderse a la regulación anterior más conveniente a su interés.

El juez A Quo al estudiar la prestación de vejez de la demandante lo hizo en virtud de la Ley 71 de 1988, cuyos requisitos encontró acreditados, disponiendo que el disfrute de la prestación se hará cuando se cuente con desafiliación del sistema, ordenando liquidar la prestación con una tasa de reemplazo del 75%²⁸; no obstante, al dar lectura a la parte resolutive de la sentencia²⁹, en su numeral quinto dispuso el juez de instancia el reconocimiento de la prestación de vejez, como beneficiaria del régimen de transición, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, incongruencia que no fue advertida por las partes, dado que no fue apelada ni se solicitó su aclaración o corrección.

Así las cosas, pese a no ser objeto de alzada, esta Sala de Decisión en aras de garantizar la aplicación de la norma más favorable de la demandante se adentrará en su estudio, para lo cual se tiene, en cuanto al monto de la prestación, que la Ley 33 de 1981 y la Ley 71 de 1988 establecen un 75%, en tanto el Acuerdo 049 de 1990, le permitiría acceder a un 90%, por reunir más de 1250 semanas sufragadas en su caso en el sector público y privado, constituyéndose en la norma más benéfica a los intereses de la señora Zorro Rojas.

El precedente judicial construido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, consideraba inviable la sumatoria de tiempos de servicio con o sin cotización, más las semanas cotizadas ante el ISS; sin embargo, ante la nueva composición de esa alta corporación, mediante sentencias SL1947 de 2020 y SL1981 de 2020, consideró viable dicha sumatoria, reiterando tal postura en la sentencia SL2557 de 2020, al ordenar la reliquidación de una pensión de vejez.

Dicho criterio innovador favorece los intereses de los afiliados y pensionados y no atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, es de obligatorio acatamiento para los jueces de inferior jerarquía, quienes acorde con la Constitución³⁰ y la Ley³¹, estamos investidos de la facultad de interpretar la demanda y calificar jurídicamente los hechos debatidos en el proceso (*iura novit curia*), y en procura de materializar el derecho a la justicia, no estamos atados a las normas jurídicas invocadas por las partes, en tanto que, como conocedores del Derecho y con miras a resolver de fondo la litis, debemos investigar y aplicar las normas que según nuestro saber y ciencia evidenciamos que regulan el caso.

De ahí que para definir el derecho aplicable en el asunto sometido en esta oportunidad a estudio de la Sala y atendiendo a que la señora Zorro Rojas es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se atienda a la sumatoria de tiempos de servicio público y semanas de cotización, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Examinadas las historias laborales, encontramos que la hoy demandante inició su vida laboral el 1° de mayo de 1985 laborando en favor de CAFAM³², y posteriormente presentó vinculaciones simultáneas en favor de distintas entidades del sector público y privado, con cotización al ISS y a través de CAJANAL, alcanzando a 31 de diciembre

²⁸ 01PrimeraInstancia; 30. 2020-00270 VideoAudiencia.mp3, Min: 1:27:05

²⁹ 01PrimeraInstancia; 30. 2020-00270 VideoAudiencia.mp3, Min: 1:38:01

³⁰ Artículos 229 y 230

³¹ Artículo 2° de la Ley 270 de 1996

³² 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 7

de 2021 un total de 1.702 semanas cotizadas en su vida laboral, como se observa en el cuadro anexo a esta providencia.

La prestación se causó el 27 de noviembre de 2012, cuando la demandante cumplió 55 años edad, momento en que superaba con creces las 1.000 semanas cotizadas exigidas por su norma aplicable para acceder a la prestación.

Tratándose de derechos mínimos como es el de que se aplique la norma que corresponde a la prestación de vejez, la sentencia será **confirmada** en este aspecto, por cuanto en la parte resolutive se consignó el régimen pensional que le asiste, pero se precisa que se hará **por las razones aquí esbozadas**, en tanto la motiva el juez A Quo sustentó su decisión con otro régimen pensional.

Disfrute

En el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, el disfrute de la pensión de vejez está regulado en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, a cuya aplicación remite el artículo 31 de la citada ley. Tales normas señalan: “*Pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma*”, “*...las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión...*”.

La demandante desde el líbello introductor, al narrar los hechos trigésimo segundo y trigésimo tercero, señaló que solicitó verbalmente a sus empleadores –no indicó la fecha-, el reporte de novedad de retiro del sistema general de pensiones, lo cual fue negado en consideración de la Resolución 3559 del 28 de agosto de 2018, que exige la validación de que el cotizante reporte el trámite de solicitud de pensión³³, la cual no efectuó por no ser de su interés reclamar la prestación de vejez ante Protección S.A.. Adicional a lo anterior, según la historia laboral actualizada al 28 de febrero de 2022, allegada por Protección S.A.³⁴, se observan cotizaciones hasta diciembre de 2021, razón por la cual, al no ser posible concluir que la demandante a la fecha hubiera realizado su retiro efectivo del sistema, no es dable conceder el disfrute de dicha prestación. Por lo expuesto, la Sala encuentra acertada la posición del Aquo, debiéndose **confirmar** la sentencia en este aspecto.

Parámetros de liquidación.

Se confirmará la sentencia de instancia, en torno a indicar los parámetros de la liquidación de la prestación, a fin de que Colpensiones al momento de reconocer la prestación cuantificará el IBL teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al no hacer parte tal aspecto del régimen de transición, debe considerar el promedio de los salarios que la demandante cotizó durante los últimos 10 años o el de toda la vida laboral, para aplicar el más favorable y, al valor obtenido se le aplica la tasa de reemplazo del 90% prevista en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, al haber acreditado más de 1.300 semanas, disponiendo su pago, con base al número de mesadas anuales a las que le asista derecho, conforme a lo advertido líneas atrás, y sin perjuicio de los aumentos de ley.

³³ 01PrimerInstancia; 03. 2020-00270 Demanda.pdf, págs. 5/6

³⁴ 01PrimerInstancia; 24. 2020-00270 rta. Oficio Protección S.A.pdf.

Finalmente, se **revocará** en grado jurisdiccional en que se revisa la sentencia en cuanto a la orden emitida por el A Quo de indexar las mesadas pensionales que se causen, en razón a que al no haberse ordenado el disfrute de la prestación no existe capital que pueda ser objeto de actualización, siendo improcedente tal orden.

d) Retroactivo pensional

Afirma la recurrente debe reconocerse el retroactivo pensional desde el año 2012, en que acreditó los requisitos para acceder a la prestación de vejez, alegando que, en su caso, la información brindada por Protección S.A. en cuanto a que debía seguir cotizando para poder acceder a una prestación digna, es equiparable a la teoría de la inducción a error de la que ha tratado la H. CSJ.

Allegó la demandante respuesta de Protección S.A. del 19 de mayo de 2017, a solicitud de proyección pensional de la demandante, para determinar el valor de la mesada pensional³⁵, en el que se le indicó que la mesada pensional ascendería a \$1'249.790, con la advertencia que dicha proyección podría presentar variaciones en el tiempo.

Solicitó además, en octubre de 2019³⁶, historia laboral actualizada e información válida para bono pensional, así como reporte detallado contentivo de la asesoría que se le brindó al momento del traslado y proyección de pensión de la vejez, en respuesta el 31 de octubre del mismo año³⁷, la entidad le da información sobre su bono pensional, sobre la asesoría brindada al momento de la afiliación y le indicaron la imposibilidad de realizar la proyección pensional por no registrar periodos válidos para bono pensional, precisando que la corrección de información de tiempo de cotización se registró.

También obra respuesta del 13 de diciembre de 2019³⁸ en que se confirma el registro de la corrección de información de tiempos de cotización.

El 1° de junio de 2020³⁹ la AFP del RAIS, realizó proyección pensional sin tener en cuenta el bono pensional, indicándole que tendría derecho a devolución de saldos.

De lo anterior, se concluye que la demandante no acreditó la veracidad de los hechos alegados, carga que le asistía, según lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, razón por la cual no puede atenderse al argumento de la inducción en error con base en el cual se fundamentó la referida pretensión y los argumentos de alzada, ni que la continuidad en las cotizaciones, haya obedecido a una indebida asesoría por parte de Protección S.A. por advertirle que debía seguir cotizando para obtener una prestación más digna.

Tampoco demostró la actora la solicitud que dice elevó a su empleador sobre efectuar novedad de retiro del sistema pensional, y si bien dijo que fue verbal, no adjuntó constancia de la respuesta negativa, por la que afirma continuó cotizando, ni señaló siquiera, la fecha en que elevó tal solicitud ni ante cual empleador la formuló, dado que a lo largo de su vida laboral se observan cotizaciones simultáneas ante distintos empleadores.

Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente lo apelado, conllevando a la **confirmación** en este aspecto, de lo decidido por el A Quo.

³⁵ 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 50/52

³⁶ 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 53/55

³⁷ 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 59/64

³⁸ 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 75

³⁹ 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 83/85

e) Indemnización de perjuicios – arista de lucro cesante

Insiste la demandante que debe condenarse a Protección S.A. al **pago de perjuicios** relativos al lucro cesante, compuesto por las mesadas pensionales dejadas de percibir por la demandante desde el cumplimiento efectivo de los requisitos para acceder a la prestación, porque es palmario el perjuicio ocasionado porque al laborar para entidades privadas, hubiese podido acceder a su pensión de vejez y continuar ejerciendo su labor como docente, no obstante, esta no pudo acceder a la prestación desde el cumplimiento de los requisitos.

Para resolver, se tiene en cuenta que los **Perjuicios Materiales** son aquellos que atentan contra bienes intereses de naturaleza económica que son susceptibles de valoración de esa naturaleza “medibles o mensurables en dinero”. Dentro de la subclasificación doctrinal sobre estos perjuicios en concreto, se encuentran 2 tipos de perjuicios: **daño emergente** y **lucro cesante**.

- **El daño emergente** ha sido considerado cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima. El daño emergente produce un desembolso que bien puede ser presente o futuro, una salida del patrimonio.
- **El lucro cesante** aparece cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima. Constituye pues una pérdida de expectativa de riqueza, de utilidad, de ingreso, de crecimiento patrimonial. El lucro cesante corresponde a la ganancia frustrada, a los intereses no recibidos o a la utilidad esperada y no obtenida.

En primer lugar se precisa que lo argumentado por el juez de instancia para negar la indemnización de perjuicios resulta desacertada, puesto que la H. CSJ al pronunciarse en Sentencia SL 373 de 2021, sobre ellos, lo hizo en virtud de en un proceso de ineficacia de traslado de régimen en que el demandante se encontraba pensionado en el RAIS, donde concluyó en la imposibilidad de la declaratoria deprecada por configurarse tras el reconocimiento rogado de la prestación, una serie de actuaciones en las que han participado distintos actores del sistema y terceros de buena fe, advirtiendo que podría incoarse por vía ordinaria el pago de indemnización de perjuicios, más nunca indicó que dicha indemnización procediera únicamente respecto de demandantes con idénticos fundamentos fácticos.

Pese a lo anterior, considera esta Sala de Decisión que en el sublite no se encuentran acreditados los perjuicios deprecados, toda vez que el cumplimiento de requisitos para acceder a la prestación por si solos, no son suficientes para la materialización de la misma, siendo necesario que los afiliados reclamen ante en fondo pensional su reconocimiento, y si bien la demandante afirma que no solicitó su prestación ante Protección S.A. porque no estaba interesada en el panorama pensional ofrecido por dicho fondo, lo cierto es que solo radicó formulario de afiliación ante Colpensiones el 16 de julio de 2020⁴⁰, esto es, casi 8 años después de haber cumplido los requisitos, radicando la presente demanda el 11 de agosto del mismo año⁴¹, no pudiendo deducir con anterioridad a estas gestiones, su intención de trasladarse al RPM, razones por las que se despachará desfavorablemente lo apelado.

⁴⁰ 01PrimeraInstancia; 04. 2020-00270 Anexos.pdf, pág. 86

⁴¹ 01PrimeraInstancia; 02. 2020-00270 ActaReparto.pdf

Por lo expuesto se **confirmará** lo decidido desde la primera instancia, **pero por razones distintas**.

III. EXCEPCIONES

Se estudian, además, las excepciones formuladas por la pasiva, las cuales quedan implícitamente resueltas, por haberse causado lo pretendido en la demanda.

En especial, no operó la prescripción pues la ineficacia no está sometida a dicha figura, por conllevar la inexistencia del acto jurídico sobre el que recae y el reconocimiento pensional se presentó como una de las consecuencias del retorno al RPM administrado por Colpensiones, además esta Sala, acoge la postura pacífica de la H. Corte Suprema de Justicia, respecto a que las acciones judiciales tendientes a comprobar la forma en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles, como es el caso de la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

IV. COSTAS

En esta instancia las costas estarán a cargo de la demandante por haber resultado vencido en su recurso de alzada, y que estarán en favor de Colpensiones y Protección S.A.. Se fijan como agencias en derecho la suma el equivalente a 1SMLMV en 2023, en un 50% en favor de cada una de las demandadas.

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín el 15 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de doble instancia promovido por el señor IMELDA ZORRO ROJAS contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., **modificándola y adicionándola**, en el sentido en que esta última AFP:

Debe trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, la **totalidad** de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros generados durante todo el tiempo en que el aquí demandante ha figurado como afiliado al RAIS, así como los valores descontados al actor por concepto de aportes para la garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos, PROTECCIÓN S.A., trasladará debidamente indexados a Colpensiones el valor de comisiones de administración y primas de seguros, descontados en el mismo lapso, en que permaneció como afiliado ante ella, así como el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a COLMENA e ING SANTANDER., en razón de la fusión por absorción de estas AFP con PROTECCIÓN S.A.

El cumplimiento de lo ordenado será verificado por COLPENSIONES, de manera coordinada con PROTECCIÓN S.A.

Se ordena a COLPENSIONES recibir de PROTECCIÓN S.A los valores correspondientes a los conceptos aludidos, y homologar en el régimen de prima media las semanas cotizadas por el actor durante su afiliación en el RAIS.

SEGUNDO: CONFIRMAR el numeral **QUINTO** de la referida providencia, pero por las razones aquí esbozadas.

TERCERO: REVOCAR íntegramente el numeral **SÉPTIMO** de la sentencia de instancia, en cuanto dispuso la indexación de las mesadas pensionales que se causen, por lo ya motivado.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de instancia.

QUINTO: Costas en esta sede a cargo de la demandante y en favor de Colpensiones y Protección S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma el equivalente a 1SMLMV en 2023, en un 50% en favor de cada una de las demandadas.

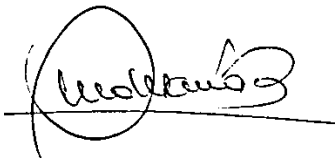
Notifíquese lo decidido por edicto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Las Magistradas,



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



LILIANA MARIA CASTAÑEDA DUQUE

Anexo 1.

	EMPLEADOR	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SEP	OCT	NOV	DIC	
1985	CAFAM					31								31
1986	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NAL								11	30	31	30	31	133
1987	UNIVERSIDAD NOCTURNA/ MINISTERIO DE EDUCACION NAL	31	28	31	30	31	30	31	31	30	31	30	31	365
1988	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NAL	31	29	31	30	31	30	31	31	30	31	30	31	366
1989	SENA / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NAL	31	28	31	30	31	30	31	31	30	31	30	31	365
1990	SENA/ MINISTERIO DE EDUCACIÓN NAL	31	28	31	30	31	30	31	31	30	31	30	31	365
1991	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NAL	31	28	31	30	31	30	31	31	30	31	30	31	365
1992	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NAL	31	28	31	30	31	30	31	31	30	31	30	31	365
1993	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NAL	31	29	31	30	31	30	31	31	30	31	30	31	366
1994	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NAL	31	28	31	30	31	30	31	31	30	31	30	31	365
1995	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NAL	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
1996	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NAL	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
1997	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NAL	0	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	330
1998														0
1999	PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA									30	30	30	0	90
2000	PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA		30	30	30	30	0	22	30	30	30	30	30	292
2001	PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA		30	30	30	30	30	0	30	30	30	30	30	300
2002	PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA		30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	21	321
2003	PONTIFICIA U. JAVERIANA /IMELDA ZORRO ROJAS/ ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACION PUBLICA		30	30	30	30	30	7	30	30	30	30	30	307
2004	PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA / ESCUELA SUPERIOR DE ADMON PBCA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2005	PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA / UNIVERSIDAD LIBRE / ESCUELA SUPERIOR	15	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	345
2006	PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA / UNIVERSIDAD LIBRE / ESCUELA SUPERIOR	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2007	PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2008	PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2009	UNIVERSIDAD DE LA SALLE / UNIVERSODAD LIBRE	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2010	UNIVERSIDAD LIBRE / IMELDA ZORRO ROJAS	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2011	UNIVERSIDAD LIBRE / ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2012	UNIVERSIDAD LIBRE / ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2013	UNIVERSIDAD LIBRE / ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2014	UNIVERSIDAD LIBRE / ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2015	UNIVERSIDAD LIBRE / ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2016	UNIVERSIDAD LIBRE / ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2017	UNIVERSIDAD LIBRE / ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2018	UNIVERSIDAD LIBRE / ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2019	UNIVERSIDAD LIBRE / ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2020	UNIVERSIDAD LIBRE / ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
2021	UNIVERSIDAD LIBRE / ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	360
												TOTAL DIAS		11911
												TOTAL SEMANAS		1702