

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Ana María Hinestroza Barrientos
DEMANDADO	AFP Protección S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 015 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 <b>015 2023 00013</b> 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 263 de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado pensionada en RPM
DECISIÓN	Revoca y acoge pretensiones

Hoy, **quince (15) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Laboral integrada por las magistradas: María Eugenia Gómez Velásquez, Luz Patricia Quintero Calle y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Ana María Hinestroza Barrientos** contra la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**, código de radicado único nacional 05001 3105 **015 2023 00013** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de las restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **30**, que plasma a continuación:

Antecedentes

Ruega la demandante declarar la nulidad o ineficacia de su traslado del RPM al RAIS a través de Protección S.A., por violación al deber objetivo de

información en detrimento de sus intereses, y se le tenga siempre inmersa en el régimen público administrado por Colpensiones, con derecho a la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 758 de 1990, debiéndose liquidar su mesada con el 90% del IBL. Pide el pago de intereses moratorios sobre el retroactivo por reajuste y condena en costas.

En sustento se afirma que la actora **nació el 12 de abril de 1957**, arribó a 55 años en 2012, lo que la hace beneficiaria del régimen de transición, art. 36 ley 100 de 1993, en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, pues para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años. Efectuó cotizaciones al ISS desde 1981 y en 1994 *fue inducida bajo engaños, imprecisiones, silencios en la información y falsas promesas, a trasladarse hacia el régimen de ahorro individual*, sin efectuársele estudio previo de su situación particular. El 31 de mayo de 2011 firmó solicitud de retorno a Colpensiones, luego pidió a esta entidad la pensión de vejez, otorgada con Resolución 106549 de 2012, con **un IBL de \$5.978.990** y tasa de reemplazo de **66,22%** que arrojó una mesada de \$3.959.287 a partir del 1º de julio de 2012, mientras que, con régimen de transición, por acreditar 1.434 semanas, el porcentaje de retorno sería del 90%, con una diferencia mensual para el mismo año de **\$1.421.804 por cada mesada**. El 28 de octubre de 2022 solicitó a Protección S.A. copia del reporte detallado contentivo de toda la asesoría brindada, emitiéndose respuesta el 21 de noviembre siguiente. **El 02 de noviembre de 2022** incoó reclamación administrativa a Colpensiones, pidiendo el reajuste de mesadas.

En auto del 03 de febrero del año en curso, se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación, dentro del término para ello, las entidades convocadas allegaron escritos de contestación así:

**AFP Protección S.A.**, de los hechos, acepta el retorno de la actora al RPM el 31 de mayo de 2011, y el derecho de petición de información que se le formulara, Los demás supuestos no son ciertos o no le constan, explicando, que, aunque contaba con 36 años para el año 1994, no por ello es beneficiaria de régimen de transición. Sobre la movilidad al RAIS, afirma que se dio de manera libre y voluntaria, luego de recibir *información de manera transparente y veraz*, en ejercicio de la libertad de selección regulada por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. En los argumentos de defensa se insiste en la *asesoría transparente, amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS*, se le explicaron características y diferencias entre ambos regímenes, la forma de adquirir la pensión en uno y otro y las consecuencias del cambio. Se le dio a conocer que eran dos regímenes excluyentes con sus propias particularidades, afirmando que *la asesoría suministrada a la actora fue totalmente OBJETIVA e INTEGRAL*, se le expuso la forma de alcanzar la pensión en cada régimen, la posibilidad anticipada y requisitos para ello, al igual que la posibilidad de aportes voluntarios. **Resistió** las pretensiones y formuló **las excepciones** de: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes al RPM – COLPENSIONES -, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP y dentro de esta existencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el porcentaje destinado a seguro previsional, y la innominada o genérica.

**Colpensiones**, acepta la fecha de nacimiento de la demandante, la de afiliación al RPMPD, el traslado al RAIS y el retorno al sistema público, el otorgamiento de pensión de vejez, con liquidación acorde a la ley, la solicitud de información a Protección y la reclamación tendiente a obtener el reajuste de mesada pedido en este trámite. Las demás afirmaciones no le constan, no son hechos o no son ciertos, **Rechazó** las pretensiones y formuló **las excepciones** de: aspectos legales y financieros que impiden el

retorno de la actora al RPMPD; imposibilidad jurídica de declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS; improcedencia de movilidad de régimen pensional para quienes se encuentran pensionados; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen pensional; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia de reconocer régimen de transición; improcedencia de reliquidación de mesada y otorgamiento de retroactivo; falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la nulidad del traslado; inexistencia de la obligación de reconocer y pagar intereses moratorios; improcedencia de indexación de las condenas; buena fe, **prescripción** y/o caducidad de la acción, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

La primera instancia culminó con **sentencia** proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la AFP, así como la improcedencia de reliquidar la pensión de vejez formulada por COLPENSIONES, absolviendo a ambas entidades de las pretensiones formuladas por la actora, al no ser posible la ineficacia de traslado reclamada por ostentar el estatus de pensionada, porque tal circunstancia conllevaría situaciones insostenibles. Impuso condena en costas a la vencida a favor de las accionadas, fijando el monto de las agencias en derecho para cada una.

Inconforme con ello, el apoderado de la actora interpuso **recurso de apelación**, argumentando que esta sí es beneficiaria de régimen de transición, estimando importante mirar que el traslado a Protección lo hizo con el fin de obtener mejor mesada, tal como lo explicó en interrogatorio, toda vez que en la asesoría le comentaron que el monto era parecido al régimen de prima media, lo que considera un engaño, porque para el 2023,

la diferencia entre la concedida y la que le correspondería con el beneficio del artículo 36 de la Ley 100 es de \$3.300.000. Se cabalgó con la información que el Seguro Social se iba a acabar y se quedaría sin pensión y como Protección era del mismo grupo económico para el que laboraba la actora, se le hizo creer en las ventajas que tenía, destacándose que el cambio obedeció a un móvil económico. Se les decía que se podían pensionar en cualquier época, lo que no es real. No se le dio la asesoría porque el fondo tenía el conocimiento de las inversiones y rendimientos reales. Ruega revocar la decisión y acoger lo pedido.

**El apoderado de la demandante presenta alegatos** solicitando revocar la decisión, en términos generales reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación, y citando para el efecto varios apartes de la jurisprudencia especializada.

En orden a decidir, basten las siguientes,

### **Consideraciones**

Como hechos debidamente acreditados se tienen: la fecha de nacimiento de la actora, **12 de abril de 1957**; su vinculación al RPMPD el 05 de junio de 1981, con cambio al RAIS a través de la AFP Protección S.A. el 14 de abril de 1994; retornó al régimen público en mayo de 2011, registrando para mayo de 2012, novedad “**p**”, afiliado con requisitos cumplidos para pensión. El 15 de mayo de 2012 pidió pensión de vejez, otorgada con Resolución Nro. 106549 del 12 de julio del mismo año, considerándose un total de **1.434 semanas desde su ingreso el 05 de junio de 1981 hasta el 30 de mayo de 2012, IBL de \$5.978.990**, porcentaje del **66,22%**, para mesada inicial de **\$3.959.287,00**, con disfrute a partir del **01 de julio de 2012**. Con sentencia proferida por el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas laborales de esta ciudad, el 14 de

febrero de 2014, se le concedió mesada retroactiva entre el 01 y 30 de junio de 2012.

Teniendo en cuenta los argumentos de la alzada, lo planteado en el escrito de demanda y lo debatido en el trámite procesal y **el problema jurídico** en esta instancia, se circunscribe a establecer, si en el caso se cumplen los presupuestos de ley y las subreglas de la jurisprudencia especializada, para la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de del RPMPD al RAIS a través de la AFP Protección S.A. efectuado por la demandante el 14 de abril de 1994, **a pesar de haber retornado al RPM en el 2011, concediéndosele pensión de vejez bajo el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones de la Ley 797 de 2003.**

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la **ineficacia** o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, y Ley 795 de 2003, entre otras disposiciones; posteriormente agregándose la asesoría o buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría, desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su

derecho pensional, **y sin que de la suscripción del formulario se infiera su cumplimiento y tampoco se convalide por el transcurso del tiempo, por la movilidad entre administradoras del RAIS o por los actos de relacionamiento**, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las AFP la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, ello por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021, SL145-2021, SL1055-2022, 1651-2022, 1729-2022 y 2173-2022), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Y la Corte Constitucional en sentencia T-191 de 2020 enseña:

*88. La libertad de elección presupone conocimiento<sup>1</sup> de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias que implica la elección<sup>2</sup>. Este conocimiento, a su vez, se rige por el principio de la información, el cual vincula al empleador al momento de enganchar al trabajador<sup>3</sup>, así como a la administradora de fondos de pensiones, al momento de afiliarse o trasladarse.*

*89. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha derivado este principio del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha indicado que **las***

<sup>1</sup> C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 16.

<sup>2</sup> C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 16.

<sup>3</sup> C. Sup. Jus., SL 19447-2019, p. 18.

***administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar asesoría seria y concreta, conforme con un análisis o estudio previo de la posición, la condición y la situación fáctica del afiliado<sup>4</sup>. Esta información tiene como finalidad permitirle a los afiliados o usuarios del sistema pensional a adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional<sup>5</sup>, así como las ventajas y desventajas de la elección<sup>6</sup>.***

90. El principio de información se concreta, a su vez, en las siguientes obligaciones: a) se debe suministrar información y asesoría a través de un lenguaje claro, simple y comprensible, y; b) debe darse a conocer toda la verdad objetiva –y comparada– de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro. Negrillas y subrayas intencionales.

Brillando por su ausencia prueba de la **asesoría** entregada por la AFP a la actora al momento de su cambio de régimen, pues como se expone por la línea mayoritaria de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema y por la Corte Constitucional, **la misma está a cargo de los fondo de pensiones, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y no del afiliado** por cuanto: *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional; ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «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»; iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»; iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones». De ahí que, como se dijo, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, la AFP demandada debía «[...] 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», dando a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», siendo también de la administradora la carga probatoria sobre el particular, en los*

<sup>4</sup> C. Sup. Jus., SL 2817-2019, p. 17.

<sup>5</sup> C. Sup. Jus., SL 1688-2019.

<sup>6</sup> C. Sup. Jus., SL 2817-2019, p. 17.

<sup>7</sup> C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 18: "Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a los usuarios la información necesaria para lograr la transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".



términos de los artículos 1604 del Código Civil y 167 del C. G. del P., este último en concordancia con la sentencia C – 086 de 2016, que en el acápite 7.4 prevé:

*En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio "quien alega debe probar" cede su lugar al principio "quien puede debe probar". Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.*

*En la regulación aprobada por el Legislador este decidió -también de manera deliberada y consciente- no fijar un catálogo cerrado de episodios en las cuales puede tener cabida la carga dinámica de la prueba. Por el contrario, dejó abierta esa posibilidad al juez, "según las particularidades del caso", para lo cual mencionó solo algunas hipótesis: (i) la posesión de la prueba en una de las partes, (ii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iii) la previa y directa intervención en los hechos, (iv) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes, "entre otras circunstancias similares".*

*Los eventos mencionados recogen en buena medida las reglas trazadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la propia Corte Constitucional. Sin embargo, el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables-, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la "longa manus" del juez para restablecerla.*

Estando definido por la Sala de Casación Laboral, que la ineficacia del acto de afiliación o traslado se caracteriza porque desde su nacimiento carece de efectos jurídicos, siendo las consecuencias idénticas a las de la nulidad, sentencia SL1688-2019, esto es, vuelta al estado anterior, agregando que:

... los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-

*2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).*

Tesis aplicada por salas de las que ha sido parte la ponente, en asuntos cuyas situaciones fácticas guardan analogía estrecha con el que se estudia en esta ocasión, entre otras, en sentencias proferidas en proceso con radicación 05001 3105 **012 2016 00897** 01, 05001 3105 **015 217 00129** 01, y 05001 3105 **016 201600952** 01, en los que a pesar de estarse ante pensionados del RPM se declaró la ineficacia de la movilidad al RAIS, en aras de la recuperación del régimen de transición y la aplicación al IBL de tasa de reemplazo en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, posición respaldada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL2929 del 18 de mayo de 2022, en la que explicó:**

*Puesto que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Esto quiere decir que «si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones» (CSJ SL3464-2019).*

*La tesis de la ineficacia del acto de traslado ha sido el fundamento para ordenar en numerosas ocasiones a las AFP no solo la devolución a Colpensiones de los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de los afiliados, sino también de los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Esto bajo el argumento lógico de que, si la ineficacia supone que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ha de entenderse que «esos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones» (CSJ SL3464-2019).*

***Las consecuencias de la declaratoria de ineficacia no se agotan en la necesidad práctica de ordenar la devolución del monto de las cotizaciones, preservando su integridad; también respecto de los beneficiarios del régimen de transición implica la conservación de su titularidad bajo la ficción que nunca se trasladaron al RAIS.***

***Ahora, es criterio estable y pacífico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación que los afiliados que se trasladen al RAIS pierden el régimen de transición, a menos que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones tuvieran 15 años o más de***

***servicios laborados o cotizados. Esta categoría de afiliados puede trasladarse en cualquier tiempo al RPMPD, conservando los beneficios del régimen de transición, situación muy distinta de la de quienes sean titulares de la transición exclusivamente por edad, pues estos afiliados, así retornen nuevamente al RPMPD en las oportunidades de ley, no pueden recuperar las prerrogativas de la transición pensional prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (CC C-789/2002, SU-130-2013, CSJ SL, 31 ene. 2007, rad. 27465, CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 37174, CSJ SL, 23 oct. 2012 y CSJ SL563-2013).***

*Precisamente en este asunto Colpensiones se negó a reconocerle a la demandante la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, bajo el argumento de que, si bien era titular del régimen de transición por edad y retornó al RPMPD en virtud de una orden de tutela, solo podían recuperar los beneficios del régimen de transición quienes a 1º de abril de 1994 tuvieran 15 años o más de servicios cotizados; situación en la que aquella no se encontraba.*

*Sin embargo, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. **En otros términos, el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS.***

...

***Esta Sala en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en decisiones CSJ: SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019, señaló que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo», sin importar si el afiliado «tiene o no un derecho consolidado, tiene o no un beneficio transicional, o está próximo o no a pensionarse». Por esta razón, el tener causado un derecho pensional no es, en principio, un impedimento para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional.***

***Ahora, la jurisprudencia de la Corporación solo en el caso de los pensionados del RAIS ha defendido el criterio que no es posible darle efectos prácticos a la declaratoria de ineficacia -vuelta al statu quo ante-, teniendo en cuenta que la calidad de pensionado en este régimen pensional da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar «a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto» (CSJ SL373-2021).***

***Sin embargo, esta regla no puede extenderse a los pensionados del RPMPD, pues estos se encuentran en una situación completamente***

***distinta, al punto que el restablecimiento de sus derechos no apareja las complejidades y tensiones propias de los pensionados del RAIS.***

Línea que se mantiene vigente, ver entre otras, sentencia SL3136-2022.

Para el caso particular, debe además tenerse en cuenta que el artículo 230 de la Carta Superior dispone:

*Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.*

Y el artículo 7º del C.G. del P., aplicable por remisión al procedimiento laboral, indica:

***Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.***

***Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, de la misma manera procederán cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.***

Declarándose exequible el inciso segundo de esta disposición en sentencia C – 621 de 2015, en la que se dice sobre la doctrina dictada por las altas Cortes:

*Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.*

Providencia en la que además se fijan las condiciones que debe cumplir la carga argumentativa para apartarse del precedente del tribunal de cierre, así:

*Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contraargumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.*

Aspecto este último también ilustrado por la jurisprudencia especializada en sentencia de tutela en que se analiza el tema de la ineficacia de traslado de régimen, con radicación 59370 del 6 de mayo de 2020, indicando que:

*El respeto al precedente judicial de los máximos tribunales de cierre guarda una estrecha relación con el derecho a la igualdad, en tanto garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes. Paralelamente, el respeto de los jueces a los precedentes sentados por las Altas Cortes tiene un carácter ordenador y unificador, en tanto asegura una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho.*

Por lo que es posible a los jueces de inferior jerarquía apartarse del mismo con una argumentación que cumpla los requisitos de suficiencia y transparencia, concluyéndose:

*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria deben seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción.*

*Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes.*

Luego, existiendo frente al tema de la ineficacia de traslado de régimen pensional línea reiterada y mayoritaria desde el año 2008, y para la hipótesis concreta de pensionados en el régimen de prima media desde la **SL2929-2022**, acogida por esta instancia como un argumento de autoridad, guardando los asuntos analizados bajo el último parámetro analogía estrecha con el que es objeto de estudio, en aras de la garantía a los derechos a la igualdad y seguridad jurídica, **lo procedente ante el incumplimiento de la obligación de la debida información, es la declaratoria de ineficacia de tal acto, tal como expresamente se solicita en el escrito de demanda, quedando la actora inmersa en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones sin solución de continuidad**, lo que implica que **recupera los beneficios del régimen de transición.**

**La AFP Protección S.A.,** debe devolver a COLPENSIONES la totalidad del porcentaje descontado por gastos de administración durante la vigencia de la afiliación a esa entidad, **lo que comprende tal concepto, al igual que los valores aplicados a seguros previsionales y garantía de pensión mínima**, conceptos que deberán indexarse al momento de la entrega, restitución que debe cumplirse dentro de los **30 días** siguientes a la ejecutoria de esta decisión. **COLPENSIONES debe, recaudar los valores que se ordena devolver y validarlos como aportes**, para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar.

Frente **al reajuste de la mesada**, tal como se explica por la Sala de Casación Laboral (sentencia SL2929- 2022), *comoquiera que la declaración de ineficacia se traduce en la privación de efectos del acto de traslado y en el entendimiento de que la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD, cabe colegir que* la actora *nunca se desprendió de los beneficios del régimen de transición, al cual tenía derecho por tener más de 35 años de edad a 1º de abril de 1994.*

En consecuencia, a la demandante le asiste el derecho al reajuste de su pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición del que gozaba por edad y que recupera con ocasión de la declaratoria de la ineficacia de movilidad entre regímenes; sin embargo, **al proponerse por Colpensiones la excepción de prescripción**, por haberse formulado la reclamación administrativa de tal reajuste el **02 de noviembre de 2022**, se encuentran afectados por el fenómeno extintivo los rubros causados con anterioridad a idéntica calenda del año 2019, adeudándose por mayor valor liquidado entre esta última fecha – **02 de noviembre de 2019** - y el **30 de noviembre de 2023**, la suma de **\$111.495.061,00**, como se evidencia en el siguiente cuadro:

2012	2,44%	\$ 3.959.287	\$ 5.381.091	\$ 1.421.804		\$ -
2013	1,94%	\$ 4.055.894	\$ 5.512.390	\$ 1.456.496		\$ -
2014	3,66%	\$ 4.134.578	\$ 5.619.330	\$ 1.484.752		\$ -
2015	6,77%	\$ 4.285.903	\$ 5.824.997	\$ 1.539.094		\$ -
2016	5,75%	\$ 4.576.059	\$ 6.219.350	\$ 1.643.291		\$ -
2017	4,09%	\$ 4.839.183	\$ 6.576.962	\$ 1.737.780		\$ -
2018	3,18%	\$ 5.037.105	\$ 6.845.960	\$ 1.808.855		\$ -
2019	3,80%	\$ 5.197.285	\$ 7.063.662	\$ 1.866.377	2,93	\$ 5.468.484
2020	1,61%	\$ 5.394.782	\$ 7.332.081	\$ 1.937.299	13	\$ 25.184.886
2021	5,62%	\$ 5.481.638	\$ 7.450.127	\$ 1.968.489	13	\$ 25.590.363
2022	13,12%	\$ 5.789.706	\$ 7.868.824	\$ 2.079.119	13	\$ 27.028.541
2023		\$ 6.549.315	\$ 8.901.214	\$ 2.351.899	12	\$ 28.222.787
					TOTAL	\$ 111.495.061

**A partir del 1º de diciembre de 2023, la mesada a cancelar no podrá ser inferior a \$8.901.214,00.**

En lo atinente a los **intereses de mora**, en asuntos en que por virtud de la ineficacia del traslado al RAIS se declara que el actor(a) se encuentra válidamente afiliado(a) a Colpensiones y que esta entidad debe asumir el reconocimiento pensional, no es posible endilgar mora en el otorgamiento de la prestación, dado que la responsabilidad frente a la pensión de vejez surge precisamente con la declaración de ineficacia que se hace en el trámite judicial, así se precisó entre otras, en decisiones CSJ SL1689-2019, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL3136-2022.

Por similar razón, en casos particulares como este, en que resulta posible acudir al régimen de transición en atención a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS que generó su pérdida en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no podría predicarse un obrar moroso de Colpensiones, pues a esta entidad no le era dable desconocer la validez de la vinculación al RAIS, la cual tan solo se desestima en virtud de la presente decisión. Por ende, la condena por intereses moratorios no procede y en su lugar, se ordenará la indexación de las sumas adeudadas hasta el momento de su pago efectivo, aplicando la fórmula de acuerdo a su causación periódica.

**Costas en ambas instancias** a cargo de la **AFP Protección S.A.** y a favor de la demandante (art. 365-4 del C. G. del P.). En esta se tarifican las agencias en derecho en la suma de **\$1.160.000,00**.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca**, la sentencia proferida por el Juzgado **Quince** Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Ana María Hinestroza Barrientos** contra la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**, para en su lugar,



**1.- DECLARAR** la ineficacia del cambio de régimen pensional realizado por la señora **Hinestroza Barrientos**, del RPMPD al RAIS a través de la AFP Protección S.A.. En consecuencia, se entenderá que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media administrado actualmente por Colpensiones.

**2. CONDENAR** a Protección S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**, durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada a esa administradora.

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

**3.- DECLARAR** que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y tiene derecho al reajuste de su pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. En consecuencia, **se condena a Colpensiones** a pagarle la suma de **\$111.495.061**, por concepto de diferencias pensionales causadas entre el **02 de noviembre de 2019 y el 30 de noviembre de 2023**, tal como se detalló en cuadro incorporado en la parte motiva, valores que deberán actualizarse mediante el mecanismo de la indexación, atendiendo a su causación periódica. A partir de diciembre de 2023 la mesada a pagar no podrá ser inferior a **\$8.901.214**, con los ajustes de ley futuros.

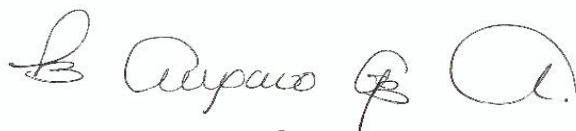
Se autoriza a Colpensiones, a descontar, **del reajuste sobre mesadas ordinarias**, el aporte a salud a cargo de la demandante.

**4.- DECLARAR** infundadas las excepciones propuestas por las demandadas, **salvo la de prescripción frente a Colpensiones**, afectando esta los rubros causados con antelación al **1º de noviembre de 2019, inclusive**.

**5.- Costas en ambas instancias** a cargo de la **AFP Protección S.A.** y a favor de la demandante. En esta se tarifican las agencias en derecho en la suma de **\$1.160.000,00**.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO**, que se fijara por **secretaría por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

**Las magistradas** (firmas escaneadas)



**LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL**



**MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
Con aclaración de voto

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

### **Proceso Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado**

Aunque acojo la decisión de la Sala, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría, concentrando el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral de la Alta Corporación (entre muchas, la providencia CSJ STL3201-2020), en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, (que la suscrita integraba) a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga; bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**