El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: INEFICACIA TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS AFP / ES CARGA DE LA ENTIDAD DEMOSTRAR QUE CUMPLIÓ DICHA OBLIGACIÓN / VALOR PROBATORIO DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN / NO VALIDA POR SÍ SOLO EL TRASLADO / COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL / ELEMENTOS / ANÁLISIS.**

… el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional…

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio. (…)

“… las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”. (…)

… También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”.

… el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional.

… al descender al plenario se encuentra que, en efecto, la señora Luz Estella Loaiza Zuluaga presentó una acción de tutela en contra del Instituto de los Seguros Sociales, con el objeto de que se le ordenara aceptarla como afiliada a la entidad e invocando como fundamento de ello, que se estaban vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y debido proceso…

… la sentencia proferida por la a quo claramente incorpora un yerro valorativo, toda vez que no se reúne ninguno de los presupuestos necesarios para estructurar la cosa juzgada. El objeto de la solicitud constitucional de amparo fue obtener el traslado del RAIS al RPM y no la declaratoria de la ineficacia de la mutación entre regímenes que había realizado años antes del RPM al RAIS. La causa de la petición de amparo fue la respuesta tardía a una solicitud de regreso al régimen de prima media administrado por el entonces I.S.S., presentada en el año 2004 y no el incumplimiento del deber de información por parte del fondo de pensiones con el que se trasladó del RPM al RAIS. Y, por último, tampoco existe identidad de partes, porque acorde con la litis planteada, en ese momento únicamente participaron de ella, la señora Loaiza Zuluaga por la activa y la administradora del RPM por la pasiva, esto es, el trámite se surtió sin participación de Colfondos S.A., ni de Protección S.A.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente:

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| DEMANDANTE: | Luz Estella Loaiza Zuluaga |
| DEMANDADO: | Colpensiones y Colfondos S.A. |
| VINCULADO: | PROTECCIÓN S.A. |
| RADICACIÓN Nº | 66001–31-05-003-2017-00312-01 |
| JUZGADO ORIGEN: | Quinto Laboral del Circuito de Pereira |
| TIPO DE PROCESO: | Ordinario Laboral |
| PROVIDENCIA: | Sentencia de segunda instancia |
| DECISIÓN: | **REVOCA PARCIALMENTE Y MODIFICA** |

Registro del proyecto: veinticuatro (24) de septiembre de 2020

Acta de discusión No. 140A del 29 de septiembre de 2020

Pereira, Risaralda, cinco (5) de octubre de dos mil veinte (2020)

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las magistradas **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN** y **OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA,** a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida el 14 de junio de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

(…)

Previamente se revisó, discutió y aprobó el proyecto elaborado por la Magistrada ponente el cual alude a la siguiente:

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. Demanda**

Pretende la demandante que la justicia ordinaria laboral declare la ineficacia o en subsidio, la nulidad del traslado de régimen pensional realizado el 23 de diciembre de 1998, a través de Colfondos S.A.; la validez de la afiliación al régimen de prima media administrado por Colpensiones; y la calidad de beneficiaria del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Consecuentemente, solicita que se condene a Colpensiones a reconocerle la pensión de vejez bajo las reglas del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta un IBL de $4.591.557 y una tasa de reemplazo del 90%, y a pagarle el reajuste de la prestación que le reconoció a partir del 07 de enero de 2016, con la indexación correspondiente, además de las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones expuso que nació el 10 de junio de 1957; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 17 de enero de 1984; que contaba con 426 semanas de cotizaciones a la entrada en vigor del sistema general pensiones; que el 23 de diciembre de 1998 se trasladó a Colfondos S.A.; que este fondo no la informó sobre las condiciones de acceso a las prestaciones del régimen de ahorro individual (edad o capital necesario), la edad a la que se redime el bono pensional, ni la diferencia que tendría con la mesada del régimen de prima media; y que a este momento tenía 41 años y más 500 semanas de aportes.

Relató que posteriormente retornó al ISS; que al 25 de julio de 2005 acreditaba 848 semanas; que cumplió 55 años el 10 de junio de 2012; que cotizó hasta el 31 de enero de 2016; y que mediante resolución GNR 45544 del 11 de febrero de 2016 (notificada el 02 de marzo siguiente) le fue reconocida la pensión de vejez, a partir del 07 de enero de 2016, en cuantía de $2.992.318, considerando un IBL de $4.591.557 y una tasa de reemplazo del 65,71% en aplicación de la Ley 797 de 2003.

Terminando, mencionó que en comunicación del 27 de abril de 2017, Colfondos S.A. dio respuesta a un derecho de petición informándole que no cuenta con soportes de la información brindada durante el traslado de régimen; que el 17 de mayo de 2017 radicó ante Colpensiones una solicitud para que le fuera reajustada la pensión de vejez bajo las reglas del Decreto 758 de 1990; y que a la presentación de la demanda no se había pronunciado al respecto (fls. 5 a 21).

**1.2. Respuesta a la demanda.**

**1.2.1. Colpensiones**

Dentro del término de ley, a través de su portavoz judicial, respondió la demanda calificando como cierto los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, su vinculación al ISS, la edad y las semanas cotizadas al 01 de abril de 1994, la afiliación a Colfondos, el retorno al régimen de prima media, el cumplimiento de los 55 años, el reconocimiento de la pensión y la solicitud de reajuste que le presentó. Los demás, dijo que no le constaban o no eran ciertos.

Se opuso a las pretensiones de la litis manifestando que la demandante perdió los beneficios del régimen de transición al cambiarse de régimen y no lo recupera a pesar de haber retornado, por no contar con 15 años de servicio al 01 de abril de 1994. En su defensa enlistó los medios exceptivos que denominó “inexistencia de la obligación demandada” y “prescripción” (fls. 75 a 80).

**1.2.2. Colfondos S.A.**

A través de apoderado judicial, respondió la demanda aceptando que la demandante retornó al régimen de prima media y negando o desconociendo los restantes hechos expuestos en la rogativa.

Se opuso a las pretensiones precisando que el cambio de régimen se dio a través de la AFP ING, hoy Protección S.A., y aduciendo que la vinculación a Colfondos S.A. fue válida. Consecuentemente presentó la excepción previa de “falta de integración del litisconsorcio necesario” y las excepciones perentorias de “validez de la afiliación a Colfondos e inexistencia de vicios en el consentimiento”, “saneamiento de la supuesta nulidad relativa”, “prescripción”, “pago”, “compensación” y “buena fe” (fls. 115 a 128).

**1.2.3. Protección S.A.**

Integrada a la litis de manera oficiosa, a través de mandatario judicial, contestó el gestor aceptando la fecha de nacimiento de la actora, su edad al 01 de abril de 1994 y la data en que alcanzó los 55 años. En cuanto a los demás hecho, señaló que no le constaban.

Al pronunciarse sobre a las pretensiones, expresó que la afiliación a la entidad no adolece de vicios, se opuso a ser condenada en costas y señaló las otras solicitudes no fueron dirigidas en su contra. Allende, formuló las excepciones de “prescripción”, “buena fe”, “compensación”, “exoneración de condena en costas”, “inexistencia de la obligación”, “falta de causa para pedir”, “falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por parte de mi representada”, “inexistencia de la fuente de la obligación”, “inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio” y “afectación a la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado” (fls.153 a 179).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 14 de junio de 2019, en la que oficiosamente declaró probada la excepción de cosa juzgada frente a solicitud de la ineficacia del traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual. Accedió a las demás pretensiones de la demanda, por lo que declaró que la demandante es beneficiaria Decreto 758 de 1990 en aplicación del régimen de transición pensional y ordenó a Colpensiones: (i) la modificación del acto administrativo de reconocimiento pensional, teniendo como fundamento dicha norma, una tasa de reemplazo del 90% y una primera mesada de $4.132.401; (ii) el pago de las diferencias con las mesadas causadas, equivalente a $53.054.964; y (iii) la indexación de esta suma. Autorizó descontar del retroactivo pensional los descuentos correspondientes con destino al sistema de salud. Declaró no probados los medios exceptivos propuestos por las demandadas y condenó en costas a Colpensiones.

Como fundamento de las anteriores determinaciones, expuso que la solicitud de declaración de ineficacia de la afiliación con la que se materializó el traslado de régimen pensional, fue objeto de decisión por parte del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, actuando como juez constitucional, en sentencia del 17 de septiembre de 2009, en la que se ampararon los derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad y libre escogencia de la actora, ordenando su vinculación al régimen de prima media, bajo la consideración de ser beneficiaria del régimen de transición pensional, y con lo cual se configura la existencia de cosa juzgada.

Consecuentemente, estableció que los preceptos del Decreto 758 de 1990 resultan aplicables al caso y atendiendo al número de semanas cotizadas, coligió que la demandante tiene derecho a una tasa de reemplazo del 90% sobre el ingreso base de liquidación determinado en la resolución GNR 4544 del 11 de febrero de 2016, con base en el cual efectuó los guarismos correspondientes y determinando un saldo insoluto de $53.054.964 por las mesadas causadas a partir del 07 de enero de 2016 y el 31 de mayo de 2020, con 13 pagos anuales.

**III. RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, Colpensiones apeló la sentencia en orden a que revoque lo resuelto frente al reconocimiento de los beneficios transicionales a la actora y a la condena en costas que le fue impuesta.

Como fundamento de lo anterior, expuso que la demandante perdió los beneficios de la transición pensional por haberse cambiado de régimen pensional y no los recupera al retornando al de prima media con prestación definida porque, habiéndolo hecho acogida a la sentencia C-1024 de 2004, esto es, entre el 20 de octubre de 2004 y el 02 de febrero de 2010, no acredita 15 años de servicio a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

Asimismo, alegó que la condena en costas no es procedente, porque ha obrando de buena fe, atendiendo en todo momento los requerimientos efectuados por la señora Loaiza Zuluaga, según se evidencia en los distintos actos administrativos correspondientes.

**IV. ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término procesal otorgado para descorrer el traslado, los sujetos procesales que integran las partes, a excepción de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., allegaron sendos escritos de alegaciones, los cuales en síntesis reflejan los puntos debatidos al interior de la Sala, por lo que se procede a resolver de fondo, previas las siguientes:

**V. CONSIDERACIONES**

**5.1. Presupuestos Procesales.**

Sirve la revisión del expediente para determinar que los requisitos esenciales para su formación y desarrollo normal se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite ser decidido con sentencia de mérito. Por otra parte, tampoco se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado.

**5.2. Problemas jurídicos por resolver.**

De conformidad con los puntos de apelación de la sentencia de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta que opera a favor de Colpensiones, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a **(i)** determinar si en presente caso se reúnen los presupuestos que configuran la existencia de una cosa juzgada. En caso negativo, deberá **(ii)** establecerse si el traslado de régimen pensional, efectuado por la actora, del de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad es o no ineficaz y, en tal caso, **(iii)** cuáles son los efectos de la ineficacia, en concreto, cuáles son las obligaciones que le asisten a las diferentes entidades de seguridad social a las que ha estado afiliada la señora Loaiza Zuluaga, en relación con los valores percibidos en vigencia de la vinculación y con la prestación pensional que se pide ajustar.

Adicionalmente, deberádeterminarse: **(iv)** si la activa es beneficiaria del régimen de transición pensional, **(v)** si es viable la reliquidación de la pensión bajo las reglas del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año; **(vi)** si la condena a las costas procesales es procedente y finalmente surtiendo la consulta en favor de Colpensiones se examinarán de ser el caso las condenadas irrogadas por el A Quo.

**5.3. Desenvolvimiento de la problemática planteada**

Previo a dar solución a los anteriores cuestionamientos, resulta oportuno que la Sala se refiera a dos temáticas, la primera, a la cosa juzgada en materia de decisiones de tutela y, la segunda, a las reglas de la ineficacia de la afiliación; para luego descender al análisis del caso concreto.

**5.3.1. La cosa juzgada**

Como se desprende del artículo 303 del Código General del Proceso, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991, para que en virtud de una decisión proferida dentro de un trámite de acción de tutela, se configure la cosa juzgada, se debe acreditar, en principio, la existencia de tres requisitos fundamentales, que son: igual objeto, idéntica causa y que exista identidad jurídica entre las partes en los mismos litigios. Aunado a lo anterior se requiere demostrar si el fallo de tutela recibió pronunciamiento de segunda instancia y si fue excluido de la revisión o en su defecto si al ser seleccionada quedó en firme la decisión de amparo.

Verificados dichos aspectos, tratándose de sentencias que de forma definitiva protegen derechos fundamentales, al juez ordinario le está vedado pronunciarse o emitir juicio alguno de valor respecto del fallo de tutela, por estar fuera de su órbita de competencia (CSJ SL, 2 feb. 2007, rad. 29975), sin perjuicio de las excepciones contempladas en la ley, entre ellas la acción de revisión o nulidad, tal como se precisó en la decisión CSJ SL15882-2017.

**5.3.2. La ineficacia del traslado de régimen pensional**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838),** la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

**a) Sobre el deber de información,** en la sentencia citada quedó dicho:

*“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Etapa acumulativa*** | ***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información*** | ***Contenido mínimo y alcance del deber de información*** |
| *Deber de información* | *Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993*  *Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003*  *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal* | *Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales* |
| *Deber de información, asesoría y buen consejo* | *Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009*  *Decreto 2241 de 2010* | *Implica el análisis previo, calificado y global  de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle* |
| *Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.* | *Ley 1748 de 2014*  *Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015*  *Circular Externa n. 016 de 2016* | *Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.* |

*1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.*

*Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.*

*Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.*

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838 explicó:

*2.* ***El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado***

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:*

*(…) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*

*Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.*

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explícita así:

*“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*…Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.*

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores**, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

*Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:*

*En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.*

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

*Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.*

De lo anterior, puede derivarse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional.

**5.4. Caso concreto**

**5.4.1. Cosa juzgada**

Como fue expuesto de manera precedente, considerando **el trámite de tutela** surtido por la señora Luz Estella Loaiza Zuluaga ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad, se encuentra que por esta vía se definió la ineficacia del traslado al régimen de prima media, aparejando que conservaba los beneficios del régimen de transición pensional consagrados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de contera, sobre esta materia se configuró la cosa juzgada.

Correspondiendo a la Sala examinar esta decisión en virtud del grado jurisdiccional de consulta, al descender al plenario se encuentra que, en efecto, la señora Luz Estella Loaiza Zuluaga presentó una acción de tutela en contra del Instituto de los Seguros Sociales, con el objeto de que se le ordenara aceptarla como afiliada a la entidad e invocando como fundamento de ello, que se estaban vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y debido proceso, por cuanto, habiéndose trasladado a Colfondos en octubre de 1996, el 20 de septiembre de 2004 presentó una solicitud de afiliación al ISS, empezó a pagarle las cotizaciones y cinco años después, en agosto de 2009, recibe como respuesta que la solicitud no era procedente (fls. 258 a 261).

Conteste con lo anterior, la acción fue admitida en contra del Instituto de los Seguros Sociales (fl. 267 vto.) y el 17 de septiembre de 2009, el Juzgado Quinto Penal del Circuito profirió sentencia en la que resolvió:

*“PRIMERO.- CONCEDER la ACCION DE TUTELA y amparar los derechos a la igualdad, a la seguridad social y a la libre escogencia del régimen pensional de la señora LUZ ESTELLA LOAIZA ZULUAGA*

*.*

*SEGUNDO.- ORDENAR al Gerente del Instituto de Seguros Sociales – ISS, Seccional Risaralda, y en el término de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia para que realice lo correspondiente para hacer efectivo el traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida administrado por esa entidad.*

*TERCERO.- NOTIFÍQUESE a las partes (….)”*

Emerge de lo expuesto, que la sentencia proferida por la *a quo* claramente incorpora un yerro valorativo, toda vez que no se reúne ninguno de los presupuestos necesarios para estructurar la cosa juzgada. El objeto de la solicitud constitucional de amparo fue obtener el traslado del RAIS al RPM y no la declaratoria de la ineficacia de la mutación entre regímenes que había realizado años antes del RPM al RAIS. La causa de la petición de amparo fue la respuesta tardía a una solicitud de regreso al régimen de prima media administrado por el entonces I.S.S., presentada en el año 2004 y no el incumplimiento del deber de información por parte del fondo de pensiones con el que se trasladó del RPM al RAIS. Y, por último, tampoco existe identidad de partes, porque acorde con la litis planteada, en ese momento únicamente participaron de ella, la señora Loaiza Zuluaga por la activa y la administradora del RPM por la pasiva, esto es, el trámite se surtió sin participación de Colfondos S.A., ni de Protección S.A.

Por otra parte, atendiendo a que la fuerza material de la cosa juzgada debe verificarse respecto a todo lo que ha sido objeto de la decisión judicial, dado que entre la parte motiva como la resolutiva de la decisión surge una unidad inescindible, tal como se expuso en la sentencia CSJ SL, 25 ene. 2002, rad. 16881, en la que se indicó que *“cuando la motivación del fallo está vinculada a la parte resolutiva constituye un todo con dicha parte y participa de la fuerza de ésta, bajo el entendido que la primera se refiere a las razones de hecho y derecho en que apoya el juez la decisión de la Litis”,* de modo que el *“instituto de la cosa juzgada no sólo abarca lo decidido expresamente, sino también lo resuelto implícitamente, siempre y cuando que por su naturaleza esté ligado o comprendido por lo que fue el objeto del fallo”* (CSJ SL, 28 abr. 2009, rad. 33489); cumple señalar que esto tampoco ocurre en el presente caso.

En efecto, vista la motivación de la decisión, el reclamo de la accionante fue que se ordenara al ISS que aceptara la solicitud de afiliación que le presentó en el año 2004 y al punto que, en el examen realizado por el juez constitucional se destacó que la accionante cumplía con el requisito mínimo de 5 años de permanencia en el RAIS que le impone la Ley 797 de 2003, pues se afilió a este en 1996, de manera que fue en relación a esa precisa temática que giró la controversia constitucional y se definió lo pedido.

No se pasa por alto que en las motivaciones de dicho proveído se aludió a la pertenencia de la actora al régimen de transición por contar con más de 35 años al 01 de abril de 1994 y se citó la sentencia T-168 de 2009, pero lo cierto es que no fue objeto de la decisión judicial determinar si la peticionaria recuperaba este beneficio, pues lo que allí se expuso consistió en que, como la accionante fue en un momento destinataria del mismo en razón a su edad, era procedente proteger los derechos invocados y, por consiguiente, ordenar el traslado y retorno de régimen, mas no se dejó sentado que con ello se estaba recobrando la prerrogativa de la transición, pues sobre este último aspecto no recayó la decisión de tutela, ni quedó comprendido en la parte motiva y, menos aún, como ya quedó visto, en la parte resolutiva del fallo.

Por tanto, con lo resuelto por el juez constitucional, bien pudo existir el fenómeno jurídico de la cosa juzgada pero frente al derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida y no frente a la ineficacia de la afiliación al régimen de prima media, ni frente a la recuperación del régimen de transición, por tanto, el juez de instancia no sólo podía, sino que se debía pronunciarse sobre ese preciso tópico; lo que a continuación se hará.

**5.4.2. Ineficacia de la afiliación al régimen de prima media**

Fuera de toda discusión, por existir plena prueba de ello, está que ***(i)*** la demandante nació el 10 de junio de 1957 (fl. 22); ***(ii)*** que estando afiliada al régimen de prima media a través del ISS, el 22 de mayo de 1996 suscribió solicitud de vinculación al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. (fl. 180), efectiva el 01 de julio de 1996 (fl. 182); ***(iii)*** que el 23 de septiembre de 1996 rubricó solicitud de vinculación a Colfondos S.A. (fl. 129), efectiva el 01 de noviembre de 1999 (fl. 136); ***(iv)*** que con efectividad al 01 de mayo de 2011 retornó al régimen de prima media administrador actualmente por Colpensiones (fl. 136); ***(v)*** que Colpensiones le reconoció la pensión de vejez mediante la resolución GNR 45544 del 11 de febrero de 2016, con fundamento en la Ley 797 de 2003, un IBL de $4.591.557, una tasa de reemplazo del 65,17% y una primera mesada de $2.992.318, a partir del 07 de enero de 2016 (fls. 39 a 42); ***(vi)*** que mediante resolución GNR 380537 del 14 de diciembre de 2016 se reliquidó la prestación, teniendo en cuenta un IBL de $4.591.870 y una tasa de reemplazo del 65,17% que arrojó una mesada de $2.992.522 (fls. 212 a 215); ***(vii)*** y que una segunda reliquidación fue negada mediante la resolución SUB 77127 del 26 de mayo de 2017 (fls. 216 a 219).

Teniendo en consideración lo anterior como punto de partida, impera acotar que el asunto objeto de análisis en esta causa, corresponde a determinar la eficacia del acto de traslado de régimen pensional realizado por la demandante mediante solicitud del 22 de mayo de 1996 hecha a través la AFP Colmena, hoy Protección S.A., con efectividad desde el 01 de julio de 1996; de suerte que, los hechos que interesan al proceso son los atinentes al mismo; el examen de los derechos, deberes y obligaciones que le asisten a las partes debe efectuarse de acuerdo con la normatividad vigente para esa época.

Esta anotación, de un lado, para precisar que en el *sub examine* la información suministrada al demandante en momentos más recientes, su permanencia o los cambios entre administradoras del RAIS, bien sea por solicitud de la actora o por cesiones entre fondos, no son aspectos que merezcan la realización de mayores consideraciones, pues al tratarse de circunstancias ulteriores, no tienen incidencia alguna en los efectos asociados a la forma en que se ejecutó la selección de un régimen pensional distinto por parte del afiliado o lo que es igual, no suplen las deficiencias que se hubieren podido presentar, ni sanean las irregularidades asociadas a las mismas.

De otra parte, porque la sujeción al marco normativo traído a colación, permite delimitar el alcance de la responsabilidad del fondo a través del cual se concretó el cambio de régimen pensional. De modo que, ocurrido este en el año de 1996 a través de la AFP COLMENA, es factible pregonar sin vacilación que a esta le correspondía cumplir con el *deber de información* que deviene de las disposiciones constitucionales, de la Ley 100 de 1993, artículos 13, literal b), 271 y 272 y del Decreto 663 de 1993, artículo 97, según los cuales, como mínimo, debió ilustrarse al potencial afiliado sobre las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, incluyendo la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Ahora, analizado caudal probatorio bajo estos parámetros, la Sala echa de menos elementos que permitan concluir que durante el traslado de la señora Luz Estella Loaiza Zuluaga, la AFP Colmena, fusionada con ING (hoy Protección S.A.) hubiere cumplido con el deber de información que le correspondía.

En efecto, examinado el interrogatorio de parte absuelto por la señora Loaiza Zuluaga no se encuentran manifestaciones que conjunta o individualmente puedan calificarse como confesión de haber recibido la información a que estaba obligada la AFP Colmena en la antesala del traslado de régimen pensional. No se pasa por alto que cuando se le preguntó por el conocimiento que tenía sobre los fondos privados y Colpensiones, ella mencionó saber que en aquellos existe una cuenta individual que genera unos rendimientos de los cuales depende la pensión y de este, que tiene claro que le permite acceder al régimen de transición en condiciones más favorables; sin embargo, no por ello puede decirse que conocía las especificidades de distinguen cada uno de los regímenes pensionales y habiendo precisado que esto solo lo supo poco antes de pensionarse, no puede considerarse ni siquiera como una confesión de haber recibido parcialmente sobre el sistema, por parte de la AFP Colmena.

Continuando, el único medio de prueba que guarda relación con el acto de traslado, es el formulario de afiliación visible a folio 180, en el que es evidente que lo consignado no es más que un formalismo del cual no es posible inferir hubiere existido algún tipo de asesoría para la trabajadora que la suscribió; pues este documento no evidencia algún tipo de información que pueda concluirse clara, suficiente y objetiva, para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, con el debido conocimiento de las consecuencias del traslado, con la información de los pros y los contras, como le correspondía demostrar al fondo privado accionado. En síntesis el formalismo de la firma, a lo sumo, acredita un consentimiento sin vicios, pero no una decisión debidamente informada, habida consideración de que, a pesar de estar suscrito por un *ejecutivo de cuenta* y un *representante* de Colmena, no acredita que efectivamente el acto de traslado estuvo precedido de la ilustración suficiente al afiliado; que se le informó sobre las condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias del traslado, pues la leyenda de haberse efectuado la selección de manera libre, espontánea y sin presiones, es apenas una enunciación genérica.

Así las cosas, no existiendo en el plenario otros medios de prueba relacionados con el acto de traslado, la Sala concluye que debe fulminar la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues como se dijo, basta la mera ausencia de información clara, precisa y completa al afiliado, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional. Situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso. Por ello no queda la menor duda que, en el sub lite, al no haberse arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que le debió brindar la A.F.P. Colmena a la demandante en el traslado que esta realizó en mayo de 1996 -carga probatoria que como quedó visto era de la AFP- , la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía con el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con **Colpensiones,** no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la **AFP Protección S.A.**, pese a no tener actualmente una afiliación vigente con la actora, con cargo a sus propios recursos, debe devolver a la administradora del régimen de prima media y de su propio peculio, los valores percibidos por concepto de cotizaciones obligatorias, gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, de manera indexada, correspondientes al tiempo en que Luz Estella Loaiza Zuluaga estuvo afiliada a la **AFP Colmena**, fusionada con la **AFP Santander** e **ING**, las cuales absorbió.

Asimismo, acreditado que **Colfondos** transfirió a **Colpensiones** los aportes en virtud del traslado ordenado por el juez constitucional de tutela, por la afiliación que esta solicitó en el año 2004 y no existiendo prueba de que con ellos hubiere puesto a disposición los valores por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, también deberá hacerlo con cargo a sus propios recursos, de manera indexada.

Ratifica lo anterior, y en especial sobre los gastos de administración, lo que sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema en la sentencia SL1421-2019, Rad. 56174 en la cual se dice lo siguiente:

*Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989...”*

Lo expuesto trae de suyo que **Colpensiones**, debe responder por las prestaciones que le asisten a la demandante, teniendo en cuenta que ante la ineficacia de la afiliación al RAIS, debe entenderse que siempre estuvo vinculada al RPMPD, en razón a que está demostrado que afilió a los riesgos de vejez, invalidez y muerte de esa entidad, desde el 17 de enero de 1984.

**5.4.3. Régimen pensional de la demandante**

En función de lo anterior, continuando con los problemas jurídicos planteados compete a la Sala determinar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición pensional consagrado en la Ley 100 de 1993.

Siendo pacífico que la demandante nació el 10 de junio de 1957, como lo acredita al registro civil de nacimiento de folio 209, también lo es que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, contaba con 36 años y, por lo mismo, se sabe que cumple con el requisito de entrada para ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 ibídem; el cual, por contar con más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (885,23 semanas, fls. 223 a 228), se le extiende hasta el 31 de diciembre de 2014.

Se insiste que, como atrás se dijo, la ineficacia del traslado de la señora Loaiza Zuluaga deja sin efecto dicho acto jurídico, “debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido” (CSJ SL1421-2019), no existe un cambio que pueda afectar el beneficio de transición que le cobija.

Ahora, teniendo en cuenta que con anterioridad a la entrada en vigor del sistema general de pensiones la reclamante únicamente cotizó al ISS, hoy Colpensiones, el régimen anterior aplicable es el del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que exige como requisitos para acceder a la pensión de vejez, contar 55 años, en el caso de las mujeres y 500 semanas de aportes en los 20 años a la edad pensional o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Conforme al registro civil de nacimiento obrante a folio 209, la demandante nació el 10 de junio de 1957, por lo que satisfizo el requisito de la edad pensional, en igual fecha de 2012; además, según el reporte de semanas cotizadas a Colpensiones de folios 223 a 228 del cuaderno principal, a esa calenda la señora Loaiza Zuluaga acreditaba 1173 semanas y continuó cotizando hasta alcanzar 1302 semanas con corte al 31 de diciembre de 2014 y un **total de 1.375 semanas hasta el 6 de enero de 2016**, con las cuales alcanza una tasa de reemplazo del 90%.

Con base en lo anterior y considerando que en la sentencia apelada se acogió como ingreso base de liquidación la suma de $4.591.557, determinado por Colpensiones en la resolución GNR45544 de 2016, no siendo este aspecto objeto de alzada se tiene que al aplicarle una tasa de reemplazo del 90% arroja un valor de la mesada equivalente $4.132.401 para el año 2016 y de $4.871.587 para el año 2020.

Allende, no se reconocerá retroactivo alguno en beneficio de la señora Loaiza Zuluaga, porque solo con ésta sentencia se deja sin efectos el traslado de régimen pensional que la excluía de los beneficios de la transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de manera que, únicamente a partir de su ejecutoria puede considerarse habilitada para reclamar la modificación de las condiciones en la cuales ha venido disfrutando la prestación por vejez reconocida por Colpensiones con apego a las normas sociales y atendiendo el particulares circunstancias de la demandante.

**Frente a las excepciones propuestas,** ninguna tiene vocación de prosperidad. Unas por no envolver hechos extintivos o modificativos de los derechos reconocidos, otras como la de “prescripción” propuesta por las demandas y la vinculada, por estar comprometido un derecho pensional, que como bien lo ha dicho la jurisprudencia laboral, no puede verse afectado por este medio exceptivo. Tampoco prescribe el reajuste pensional, pues causados desde el 07 de enero de 2016, fueron reclamados dentro del término trienal siguiente (el 06 de diciembre de 2016, fls. 212 a 215) y la demanda fue presentada el 12 de julio de 2017, según lo informa el acta individual de reparto de folio 58.

En la sentencia inicialmente citada, se anotó:

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».*

*Hay que mencionar que así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable). En este sentido, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que el derecho a la pensión o a obtener su valor real, puede ser justiciado en todo tiempo (CSJ SL8544-2016)”.*

En cuanto a la excepción de “pago” formulada por Colfondos S.A., no está llamada a prosperar porque en el plenario no existe evidencia de haber puesto a disposición del régimen de prima media los valores que en esta sentencia se determinaron a su cargo.

Tampoco prospera la excepción de “compensación” invocada por Colfondos S.A. y por Protección S.A., debido a que no quedó demostrado en el trámite que estas entidades sean recíprocamente deudoras y acreedoras frente a Colpensiones o la activa, para que opere este fenómeno extintivo de las obligaciones.

Con base en lo anterior, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE** la sentencia, en tanto declaró probada oficiosamente la existencia de cosa juzgada y en su lugar, **declarar que es ineficaz el traslado de régimen pensional** realizado por **Luz Estella Loaiza Zuluaga** mediante solicitud del 25 de mayo de 1996, efectiva desde el 01 de julio de ese mismo año, a través de la **AFP Colmena**, hoy **Protección S.A**.

Consecuentemente, se **ORDENARÁ**, a la **A.F.P.** **Protección S.A.** que con cargo sus propios recursos, traslade a **Colpensiones** los valores percibidos por concepto de cotizaciones obligatorias destinados a gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, de manera indexada, correspondientes al tiempo en que **Luz Estella Loaiza Zuluaga** estuvo afiliada a la **AFP Colmena.**

Asimismo, se **ORDENARÁ** a **Colfondos S.A.** que con cargo sus propios recursos, traslade a **Colpensiones** los valores percibidos por concepto de cotizaciones obligatorias, destinados a gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, de manera indexada, correspondientes al tiempo en que Luz Estella Loaiza Zuluaga estuvo afiliada a la entidad, mediante solicitud del 23 de septiembre de 1996, efectiva desde el 01 de noviembre de ese mismo año, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencias SL1421 y SL 1688, ambas de 2019.

Finalmente, se **MODIFICARÁ** la orden dada a **Colpensiones** en relación con el reconocimiento de la pensión de vejez bajo las reglas del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a efectos de precisar que la misma procederá a partir de la ejecutoria de la sentencia y se **REVOCARÁ** la orden de reconocimiento de retroactivo pensional y las disposiciones asociadas a ésta, como son la orden de indexación y la autorización de descuentos con destino al sistema de salud.

Con lo anterior, quedan resueltos los puntos de inconformidad de la recurrente y resultas la totalidad de las pretensiones y medios exceptivos.

Las costas por la primera instancia quedarán a cargo de **Protección S.A.,** en un 30%, considerando que su vinculación se hizo de manera oficiosa por el juzgado, que se opuso a la solicitud de ineficacia de la cual es responsable y que, consecuentemente resultó vencida en juicio. En este sentido, se revocará la condena en costas impuesta a **COLPENSIONES.**

Sin costas en esta instancia.

**VI. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el ordinal primero de la sentencia proferida el 17 de junio de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad y en su lugar, **DECLARAR** que es **INEFICAZ** el traslado de régimen pensional realizado por **LUZ ESTELLA LOAIZA ZULUAGA** mediante solicitud del 25 de mayo de 1996, efectiva desde el 01 de julio de ese mismo año, a través de la **AFP Colmena,** hoy **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

**SEGUNDO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** que con cargo sus propios recursos, traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** los valores percibidos por concepto de cotizaciones obligatorias, destinados a gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, de manera indexada, correspondientes al tiempo en que **LUZ ESTELLA LOAIZA ZULUAGA** estuvo afiliada a la **AFP COLMENA.**

**TERCERO: ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** que con cargo sus propios recursos, traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”** los valores percibidos por concepto de cotizaciones obligatorias, destinados a gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, de manera indexada, correspondientes al tiempo en que **LUZ ESTELLA LOAIZA ZULUAGA** estuvo afiliada a la entidad, mediante solicitud del 23 de septiembre de 1996, efectiva desde el 01 de noviembre de ese mismo año.

**CUARTO: MODIFICAR** el ordinal cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, el cual quedará así:

“CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” que a partir de la ejecutoria de esta sentencia, modifique las condiciones del derecho pensional reconocido a la señora LUZ ESTELLA LAOIZA ZULUAGA a través de la resolución GNR45544 del 11 de febrero de 2016 y reliquidado mediante la resolución GNR30537 del 14 de diciembre de 2016, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo, teniendo en consideración un tasa de reemplazo del 90% y un ingreso base de liquidación de $4.591.557 que arrojan como valor de la mesada para el año 2016 de $ 4.132.401 para el año 2016 y de $4.871.587 para el año 2020, sin que haya lugar a reatroactivo.

**QUINTO: REVOCAR** los ordinales cuarto (bis), quinto y sexto de la sentencia, en los cuales se ordenó a COLPENSIONES el reconocimiento del retroactivo pensional y la indexación y se le autorizó para efectuar del mismo los descuentos con destino al sistema de salud.

**SEXTO: REVOCAR** los ordinales noveno y décimo de la sentencia, para en su lugar, **CONDENAR** en costas por la primera instancia a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.,** en un 30% de las causadas en favor de la demandante y absolver de las mismas a **COLPENSIONES** y a **COLFONDOS S.A.**

**SEPTIMO: CONFIRMAR** la sentencia en lo restante.

**OCTAVO: NO IMPONER** condena en costas por esta instancia.

La anterior decisión queda notificada en estados

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada

Salva voto