



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A L A B O R A L

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA
DEMANDANDO	COLPENSIONES PROTECCIÓN S.A. MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO
PROCEDENCIA	JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001 31 05 001 2019 380 01
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACION DTE.
PROVIDENCIA	Sentencia No. 80 del 31 de marzo de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	NULIDAD DE TRASLADO EN PENSIONADO En virtud de la autonomía procesal se aparta del precedente recientemente adoctrinado por la CSJ en sentencia 373 de 2021. PENSIÓN DE VEJEZ con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año en virtud del régimen de transición.
DECISIÓN	REVOCAR

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el Magistrado ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO, en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión, procede resolver en apelación la Sentencia No. 119 del 27 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la señora **PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTROS** bajo la radicación **76001 31 05 001 2019 380 01**.

AUTO No. 288

Atendiendo a la manifestación contenida en escrito obrante presentada por la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se acepta la sustitución al poder realizado a la abogada DIANA CARBONELL BARREIRO identificada con CC. No. 31.324.916 y T.P. No. 323.598 del C. S. de la J.

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
PROCEDENCIA: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 001 2019 380 01



ANTECEDENTES PROCESALES

La señora **Patricia Fernández Estrella** demandó a **Colpensiones y Protección S.A.**, pretendiendo que se declare la nulidad de su vinculación a Protección S.A. y en consecuencia se declare que tal AFP debe asumir a su cargo las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la actora.

Solicitó se declare que Protección S.A. debe trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con sus rendimientos y a Colpensiones a afiliarla en el RPM para que posteriormente reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 17 de marzo de 2014 de conformidad con los requisitos de edad y semanas de conformidad con el art. 36 de la Ley 100 de 1993 que remite al art. 12 del Decreto 758 de 1990.

Pidió también se condene a Colpensiones a pagar las diferencias entre la mesada pensional que recibe en el RAIS y la que resulte en el RPM y que se condene a Protección S.A. al pago de las costas y agencias en derecho.

En los hechos de la demanda indicó que nació el 17 de marzo de 1959 y que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 35 años y 730 semanas cotizadas al RPM.

Indicó que en mayo de 1999 se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A. y que al momento de dicho traslado no recibió suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podría adquirir su derecho a la pensión de vejez.

Señaló que mediante comunicación del 3 de julio de 2017, Protección S.A. aprobó su solicitud de pensión de vejez y le concedió una mesada pensional de \$1.565.514 a partir del 1 de julio de 2016.

Que el 21 de agosto de 2019 solicitó la nulidad del traslado a Protección S.A., misma solicitud que expuso presentó a Colpensiones el 22 del mismo mes y año.



Colpensiones contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma y como excepciones propuso las que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación, imposibilidad de condena simultánea de indexación e intereses moratorios y la innominada.

Protección S.A. también se opuso a las pretensiones por considerar que no existió omisión por su parte al momento del traslado de la demandante.

Presentó las excepciones que denominó: validez de la afiliación a Protección S.A., imposibilidad para trasladar la cuenta de ahorro pensional de la demandante por cuanto ya ha adquirido la calidad de pensionada, buena fe, prescripción, inexistencia de engaño y expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, compensación y la innominada o genérica.

Además, **Protección S.A.** presentó **demanda de reconvención**, con la que pretende de llegarse a declarar la nulidad del traslado pretendida en la demanda se condene a la señora **Patricia Fernández Estrella** a retornar a Protección S.A. los dineros recibidos por concepto de mesadas pensionales desde el 1 de julio de 2016 hasta la ejecutoria de la sentencia debidamente indexados además de las costas y agencias en derecho.

Al proceso fue vinculado el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, entidad que se opuso a las pretensiones de la demanda en razón a que la demandante se encuentra pensionada desde el mes de junio de 2016, agregando que la demandante contaba con un bono pensional que fue redimido el 17 de marzo de 2019 cuando la señora Patricia Fernández Estrella alcanzó los 60 años, bono que había sido emitido en resolución No. 16195 del 27 de enero de 2017.

Como excepciones propuso: prescripción, violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera y la genérica.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** también **presentó demanda de reconvención** en contra de la actora, solicitando se ordene la

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
PROCEDENCIA: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 001 2019 380 01



devolución por parte de la señora Patricia Fernández Estrella de la suma pagada a título de bono pensional debidamente indexado.

La señora **Patricia Fernández Estrella** se opuso las pretensiones de las demandas de reconvencción presentadas en su contra, reiterando los argumentos del libelo demandatorio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral Del Circuito De Cali decidió el litigio mediante la Sentencia No. 119 del 27 de mayo de 2021, en la que determinó:

"PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES y al litisconsorcio necesario MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda presentada por la señora PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

5SEGUNDO: NO ACCEDER a las pretensiones de las demandas de reconvencción presentadas por PROTECCIÓN S.A. y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO contra la señora PATRICIA FERNÁNDEZ ESTRELLA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandante en costas. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$150.000,00 a favor de cada una de las demandadas.

CUARTO: CONSÚLTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el presente proveído, en caso de no ser apelado".

Como fundamento de su fallo, la Juez de primera instancia indicó que se acoge al precedente actual de la Corte Suprema de Justicia expresado en la sentencia SL 373 de 2021 que impide que se dé la nulidad de traslado en pensionado.

APELACIÓN:

Inconformes con la decisión, la apoderada judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación en los siguientes términos:



"Solicito apelación a la sentencia No. 119 proferida dentro el presente proceso, para sustentar el recurso de apelación y siendo presente con lo formulado en la demanda las pretensiones y alegatos presentados me permito manifestar lo siguiente:

La jurisprudencia ha señalado que desde la incursión en el sistema de la seguridad social de las AFP para la prestación de un servicio público esencial estas estuvieron sujetas a la restricción y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba, sobre el deber de información que esté corresponde a la descripción de características condiciones accesos y servicios cada uno de los regímenes pensionales y debe comprender toda las etapas del proceso, llegando si ese fuera el caso a desanimar al interesado una opción que claramente le perjudica.

La CSJ en Sala de Casación Laboral en sentencia 2324 de 2019, radicación 64860 del 2019 por la Magistrada Ana María Muñoz Segura ha manifestado "se colige que el contenido de la información que los fondos deben suministrar no debe ser superficial ni abstracta, por el contrario debe supeditarse concretamente las condiciones de cada uno de los afiliados, en ese orden de ideas hace parte de los datos necesarios que se deben entregar entre otros la posibilidad de que aquellas personas vinculadas al régimen de pensión de ARPM y que eran beneficiadas del régimen de transición puedan perder dicha expectativa legítima de acceder a la pensión de vejez conforme a la prerrogativas existentes con anterioridad a la ley 100 del 93, no cabe duda ocultar dicha novedad representa un agravio para la el interesado, al menos en lo que atañe al simple hecho de no poder decidir con todos los elementos de juicio que rodean su caso particular".

Frente a la responsabilidad profesional también lo ha dicho CSJ en Sala de Casación Laboral al referirse a la obligación que tienen los fondos de pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa en sentencias 9 de septiembre del 2008 raditaciones 31989 y 31314 dijo "es razón de existencia de las administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas con conocimientos y experiencia que resulten confiables para los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de predicción para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura, esas particularidades ubican a las administradoras en el campo de la responsabilidad profesional obligadas a prestar de forma eficiente eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter provisional".

En relación al consentimiento informado, este mismo órgano en sentencia 12136 del 2014 en radicación 46292 de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón expresó "a juicio esta sala no podrá argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia de aquella pueda tener frente a los derechos prestacionales ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, de allí que desde el inicio haya respondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta que documentaron claro y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen suena de declarar ineficaz este tránsito es evidente que cualquier determinación personal de índole que aquí se discute es eficaz cuando existe un consentimiento informado en materia de seguridad social el Juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información en este caso del traslado del régimen debe ser de transparencia máxima", también en la sentencia de Sala De Casación Laboral de



la CSJ referencia 31989 del 2008 por el Magistrado Eduardo López Villegas enfatizó lo siguiente "en estas condiciones el engaño no solo se produce si no que se afirma si no en los silencios que guarda el profesional que a detener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada", en nuestro caso la señora Patricia Fernández en el momento del traslado de pretensiones, el asesor de dicha AFP no le brindó información necesaria acerca de las condiciones en las que podría adquirir su derechos pensional pues la información que le fue suministrada no fue adecuada, suficiente ni cierta, mi mandante teniendo en cuenta la fecha de nacimiento del 17 de marzo del 59 se encontraba cobijada por el régimen de transición atendiendo que contaba con 35 años de edad a la entrega de vigencia de la ley 100 del 93 y que según las semanas cotizadas contaba con más de 750 semanas a julio del año 2005, cumpliendo con las exigencias del acto legislativo 01 del 2005 para pensionarse conforme con el decreto 758 de 1990, que para el 17 de marzo del 2014 fecha en que cumpliría los 55 años pero la AFP no le informó a la señora Hernández Estrella que perdería este beneficio, es decir que lo que perseguía el fondo era conseguir su afiliación sin tener en cuenta la situación concreta de ella, haciéndolo bajo engaños información distorsionada y mala fe que en el caso específico en razón al cambio de régimen debió cotizar 2 años más pues ya la edad mínima no sería a los 55 años si no a los 57 en conformidad con la ley 100 del 93 modificada por la ley 797 del 2003 que a su vez el disfrute de la misma prácticamente se postergo 3 años más, situación que no habría ocurrido de haber recibido una información adecuada, completa y veraz de las consecuencias del traslado.

Así las cosas es notorio el perjuicio causado por la AFP por falta de información real y eficiente y oportuna, por lo que respetuosamente solicito al honorable Tribunal de Cali de la Sala Laboral se revoqué la sentencia emitida dentro del presente proceso y en su lugar se conceda todas las pretensiones de la demanda me reservo el derecho de ampliar mis argumentos frente al Tribunal".

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DECRETO 806/2020

Dentro de los términos procesales previstos en el art. 15 del Decreto 806 de 2020 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión:

La **parte demandante** Indicó que es notorio el perjuicio causado por la AFP por falta de información oportuna, real y eficiente, por lo que respetuosamente solicitó se revoque la sentencia emitida dentro del presente proceso y en su lugar se concedan todas las pretensiones de la demanda.

PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO solicitaron se confirme la decisión de primera instancia.



No encontrando vicios que puedan generar la nulidad de lo actuado en primera instancia y surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se profiere la

SENTENCIA No. 80

En el presente proceso no se encuentra en discusión: 1) que la señora **Patricia Fernández Estrella** nació el 17 de marzo de 1959 y se trasladó a RAIS administrado por Protección S.A. el 1 de junio de 1999 (fls. 18 y 142 – PDF 01ProcesoHastaMarzo2020FI292); **2)** que la demandante se encuentra pensionada por vejez por parte de **Protección S.A.** a partir del 1 de julio de 2016 a razón de 13 mesadas, con una primera mesada para el año 2016 de \$1.778.993 en la modalidad de retiro programado (fls. 32 a 36 – PDF 01ProcesoHastaMarzo2020FI292); **3)** que mediante resolución No. 16195 del 27 de enero de 2017 se expidió el bono pensional tipo A, a nombre de la demandante (fls. 308 a 314 – PDF 01ProcesoHastaMarzo2020FI292) y **4)** que la actora solicitó la nulidad de traslado a Protección S.A. y Colpensiones el 21 de abril de 2018 y el 21 de febrero de 2019 respectivamente (fls. 44 a 49 – PDF 01ProcesoHastaMarzo2020FI292).

PROBLEMAS JURIDICOS

En atención al recurso de apelación presentado por la parte demandante, la Sala como **primer problema jurídico** deberá establecer si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, efectuada por la señora **Patricia Fernández Estrella**, pese a que esta ostenta la calidad de pensionado por parte de Protección S.A. desde julio de 2016.

Para resolver el primer problema jurídico, la Sala deberá estudiar si Protección S.A. cumplió o no el deber de información al momento del traslado de régimen del demandante.

De declararse la nulidad del traslado, se estudiara como **segundo problema jurídico** si la actora es beneficiaria del régimen de transición, y consecuente con ello, si es procedente conceder la prestación pensional con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.



La Sala defenderá la siguiente tesis: I) que la Sala de decisión en virtud de la autonomía judicial que le permite apartarse del precedente judicial y dadas las razones que se detallan de manera expresa, amplia y suficiente en la presente providencia, decide separarse del precedente actual de la Corte Suprema de Justicia expresado en la reciente providencia SL 373 de 2021, para continuar con la tesis anterior del órgano de cierre respecto de la posibilidad de nulidad el traslado de aquellos que ya ostentan la calidad de pensionado en el RAIS, ello por cuanto tal interpretación se ajusta más a los fines de estado y la protección de la seguridad social como derecho fundamental además de ajustarse a las garantías de favorabilidad aplicables materia constitucional y laboral; **II)** que en el caso en concreto la nulidad de traslado esta llamada a prosperar, toda vez que Protección S.A. no probó cumplir con su deber de información al momento del traslado del demandante; **III)** que a la señora **Patricia Fernández Estrella** le asiste el derecho a que se le reconozca la pensión de vejez, con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; **VI)** que Colpensiones deberá pagar las diferencias pensionales causadas entre la mesada de pensión de vejez ya reconocida por Protección S.A. y aquí liquidada para el RPM.

Para decidir bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

Para resolver los problemas jurídicos que nos convoca, la Sala por efectos metodológicos en primer lugar efectuara un recuento legal y jurisprudencial respecto de la escogencia de régimen pensional, el deber de información y la nulidad de traslado en pensionado:

Frente a la escogencia de régimen pensional:

Como bien es sabido, el Sistema General de Pensiones se encuentra compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cada uno de estos con características propias bien definidas en la Ley.



El Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida es el sistema tradicional, administrado íntegramente por el Estado, mediante el cual los ahorros de los afiliados forman parte de un fondo común de naturaleza pública.

Por otro lado, en el Régimen de Ahorro Individual, los aportes de los afiliados se constituyen en una cuenta de ahorro individual de la cual es titular el afiliado. Este régimen se encuentra conformado por personas jurídicas de derecho privado, las cuales deben constituirse como sociedades anónimas o instituciones solidarias (artículo 91 de la Ley 100 de 1993).

Debe destacarse que la escogencia de un régimen es libre y voluntaria, y una vez efectuada la selección inicial, el afiliado podrá trasladarse de régimen cada cinco años, al tenor de lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993; selección que de acuerdo con el Decreto 692 de 1994, reglamentario de esta ley, se realiza mediante la suscripción de un formulario con el que se aceptan las condiciones propias de éste.

Sobre el deber de información:

Las instituciones pertenecientes al RAIS forman parte del elenco de las entidades del sector financiero, específicamente denominadas sociedades de servicios financieros, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 663 de 1993. Aunado a ello, el artículo 4° del Decreto 656 de 1994 les asigna el rótulo de entidades de carácter previsional, cuyo funcionamiento se debe encaminar "*a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad*".

Dentro del marco de las relaciones que se establezcan entre estos entes y los afiliados o potenciales afiliados, el ordenamiento jurídico les impone obligaciones de hacer y no hacer, dentro de las cuales se encuentra la contenida en el literal f del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual consiste en el deber de "*No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas (...)*".



Ahora bien, se ha sostenido que la responsabilidad de informar al potencial afiliado no solamente se enmarca en el plano contractual, sino que la misma se extiende al plano precontractual¹, es decir, el acatamiento del deber de suministrar información debe encontrarse presente desde el momento en el cual el afiliado toma contacto con la administradora de fondos de pensiones, pues no debe perderse de vista que estas entidades gestionan un patrimonio autónomo cuyo destino ulterior es la protección de las contingencias que deriven de la vejez, invalidez o la muerte.

Es con base en este último aspecto que se afirma que la responsabilidad de estas entidades es de carácter profesional, por lo que se las obliga a seguir cabalmente las disposiciones normativas que regulan su funcionamiento, en especial las contenidas en la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y el Decreto 663 de 1993.

Mismo sentido en el que lo explicado la Jurisprudencia, al señalar que este debe estar presente tanto en la etapa precontractual como en la contractual, incluso hasta el momento en el cual el afiliado adquiera el estatus de pensionado. Esta información debe ser *"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"*².

Debe resaltarse que no solo es necesario que se suministre la información, a efectos de predicar un consentimiento informado respecto del traslado entre el régimen, sino que es menester que la decisión que derive en dicha situación sea autónoma y consciente, la cual se configura cuando el afiliado entiende a cabalidad tanto los beneficios como los perjuicios que conllevarían su eventual determinación de transferir sus aportes de un régimen a otro³.

En suma, la obligación de suministrar la información completa y veraz a tanto a los potenciales vinculados como a los afiliados, e inclusive a los pensionados, recae en las Administradoras de Fondos de Pensiones, pues son éstas las entidades que cuentan con todos los medios técnicos necesarios para asistir al cotizante⁴ y,

¹ CSJ SL 1452 de 2019, SL1689 de 2019, SL 4429 de 2019 y SL 1217 de 2021.

² CSJ Sala de Casación Laboral. Sentencia del 09 de septiembre de 2008. M.P. Eduardo López Villegas.

³ CSJ Sala de Casación Laboral Sentencia SL12136 de 2014 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), Sentencia SL-17595 de 2017 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL1440, SL1442, SL1465 del 2021.

⁴ Artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, Decreto 2241 de 2010, reglamentario de la Ley 1328 de PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 001 2019 380 01



sobre este punto, jurisprudencialmente se ha definido que es la AFP a la cual se efectuó el traslado a quien le corresponde la carga de la prueba⁵, pues si el afiliado alega que no recibió información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca.

Por lo cual la omisión a ese deber en tratándose de la afiliación, o traslado entre regímenes del sistema de seguridad social en pensiones, trae como consecuencia la nulidad de la afiliación o del traslado, ya que debe partirse de que la decisión no fue informada (CSJ SL 31989 y 31314, del 9 de septiembre de 2008, SL del 22 de noviembre de 2011 radicado 33083, SL12136).

Nulidad de traslado en pensionado:

La Corte Suprema de Justicia desde la sentencia No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, sentó doctrina señalando que: *"la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, lo que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

(...)

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. (...) "En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada".

2009, el Decreto 2555 de 2010, y la Ley 1748 de 2014. CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019

⁵ Sentencia del 09 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL1688-2019.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 001 2019 380 01



En efecto, desde tal providencia se estableció que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales, puntualizando que la nulidad de la vinculación a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, las cuales explicó así "(...) *La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales (...)*".

En suma, para la Corte la nulidad del traslado entre regímenes implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca se produjo el traslado, o que siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, correspondiéndole asumir a Colpensiones la pensión por vejez, en el caso de pensionados.

La anterior posición fue reiterada por la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia de forma pacífica en distintas providencias como la de Rad. No. 31314 del 6 diciembre de 2011, SL17595-2017, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4811-2020.

Dicha doctrina se mantuvo hasta la reciente sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, en la cual la Corte cambió la posición ya acogida respecto de la nulidad de traslado en pensionado, señalando al respecto que:

"Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado



es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de las opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos



pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”.

En síntesis, la nueva posición implica que la calidad de pensionado impide la declaratoria de la nulidad de traslado y propone por otro lado que si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

La posición antes descrita no es acogida por la Sala, por lo que se toma la decisión de apartarse de la misma en virtud de la potestad con que se cuenta como expresión de la autonomía judicial, ya que según lo establecido por la Corte Constitucional en su larga jurisprudencia, la autoridad judicial 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 de este y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga⁶.

Por lo cual y a pesar de la regla general de obligatoriedad del precedente judicial, al expresarte contundentemente las razones válidas que llevan apartarse del precedente, su decisión será legítima y acorde a las disposiciones legales y constitucionales.

De tal forma que, dada la autonomía judicial que le asiste a Sala, se pasa a detallar de manera expresa, amplia y suficiente las razones por se separa del precedente actual de la Corte Suprema de Justicia respecto de la nulidad de traslado en pensionado:

Pues bien, para ello se hará un recuento de los fundamentos usados por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 373 del 2021 y las razones de su desconsideración.

En primer lugar, sostiene el órgano de cierre que *"(...) la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (...)"*.

Sobre este primer aspecto, esto es la calidad de pensionado como hecho imposible de retrotraer, debe recordar la Sala que la omisión en que incurre la administradora de fondo de pensiones al incumplir con el deber de información trae como consecuencia un vicio del consentimiento por error de hecho, el cual va en contravía a disposiciones de rango constitucional, como lo son el artículo 20 ibidem, que se ha visto doctrinariamente *"como el derecho que tiene el consumidor a ser bien informado, lo que constituye en un principio esencial del derecho del consumo y sin el cual el consumidor tendría una tutela relativa"* (Arana & Guevara, 2015, p.43).

Y, es que la obligación de información *"debe llevar al logro de una relación contractual transparente entre el productor y consumidor, a través de la información*

⁶ Corte Constitucional C-621-15
PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
PROCEDENCIA: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 001 2019 380 01



del consentimiento lo cual, por consiguiente, va a contribuir a la transparencia de la competencia en el mercado' (Poillot, 2006, p. 95).

Es así que los vicios del consentimiento generados por un tercero (asesor de la AFP) no pueden resultar saneados en el momento en el que se alcanza la calidad de pensionado tornando como lo asegura la Corte irreversible tal situación, ya que tal calidad se adquirió en el RAIS se dio como consecuencia de una negociación en la que no se contó la información que el producto, servicio o activo objeto de la transacción, lo que condujo a una decisión errónea, por lo que es claro que la adquisición de una nueva característica en cabeza del contratante, esto es el paso de la calidad de afiliado a pensionado no deja sin efectos el vicio generado en el contrato de traslado de régimen inicial, pues los vicios de la voluntad tornan inválido el acto, ya que como lo determina el Código Civil⁷, el consentimiento es un factor forzoso para obligarse a los efectos jurídicos del contrato, aspecto que no es superable por el pasar del tiempo ni por el cambio de calidad de las partes como hecho sobreviviente.

De allí que, aun cuando el afiliado ya haya adquirido la calidad de pensionado, es posible que se nulite el traslado de este del RPM al RAIS, pues el acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal solamente cuando existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita⁸, siendo evidente que, si el consentimiento está viciado por alguna de sus clases o modalidades, el negocio jurídico será ineficaz.

Posteriormente, como argumentos indica la Corte respecto de los bonos pensionales que *"puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado debido al pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que revertir esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública"*,

⁷ Art. 1502 del Código Civil.

⁸ Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia SC19730-2017

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 001 2019 380 01



afectación que sostiene también puede originarse debido a las pensiones reconocidas en la modalidad de garantía mínima.

Pues bien, para la Sala el menoscabo económico que se pueda generar en cabeza de la Nación y/o entidades oficiales se ve superado con lo resuelto por la misma Corte Suprema de Justicia desde la sentencia No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que se puntualizó que “(...) la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración (...)” (Subrayado de la Sala), por lo cual y como en varias ocasiones lo ha señalado la CSJ, la administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.⁹, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, posición reiterada por la Corte en sentencia SL4811-2020.

Ciertamente como la nulidad fue producida por una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

⁹ **ARTICULO 1746 C.C. <EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD>**. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.



Las razones antes expuestas llevan a la Sala a separarse del precedente actual de la Corte Suprema de Justicia expresado en la reciente providencia SL 373 de 2021, para continuar con la tesis sostenida por más de 12 años por parte del órgano de cierre respecto de la posibilidad de nulidad el traslado de aquellos que ya ostentan la calidad de pensionado en el RAIS ya que sus argumentos presentan una mayor fuerza para decidir, ello por cuanto tal interpretación se ajusta más a los fines constitucionales y legales del estado y la protección de la seguridad social como derecho fundamental no solamente para el afiliado, además de ajustarse a las garantías de favorabilidad aplicables materia constitucional y laboral, pues circunstancia de pensionado no desdibuja la ineficacia que produce todo acto jurídico que se produce contra derecho.

Clara la tesis a acoger por parte de la Sala, se pasará analizar el caso en concreto y resolver los problemas jurídicos planteados:

Sostiene la señora **Patricia Fernández Estrella** que, al momento del traslado, el asesor de Protección S.A. no le brindó una información clara, real y completa sobre las implicaciones del negocio jurídica que realizaría, por lo que su traslado se dio en ausencia de cumplimiento del deber de información.

En efecto, las pruebas documentales no dan cuenta que la AFP demandada hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente al momento del traslado en la forma en que lo ha entendido la jurisprudencia, deber que no se limita a las proyecciones pensionales, sino que debe comprender cada etapa de la afiliación desde el momento inicial, mostrando las ventajas y desventajas del traslado a realizar, situación que no se logró acreditar en el plenario.

Y, es que pese a que se firmó por parte de la demandante un formulario de afiliación al momento del traslado, este es un formato preimpreso para depositar información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios, los cuales son requisitos para materializar el traslado, sin que contenga datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones, por



lo que de tal documento no es posible concluir cumplió con el deber de información¹⁰.

Por lo que en el caso se observa que la vinculación al RAIS de la demandante se dio en desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en tal sistema pensional alterno.

En consecuencia, deberá revocarse la decisión de primera instancia para en su lugar declarar la nulidad de traslado de régimen realizada por parte de la actora, lo que produce como efecto el retorno al estado de cosas anterior al acto anulado, por lo que para el caso bajo estudio, es necesario determinar si en virtud de la nulidad del traslado, la demandante recupera el régimen de transición y si tiene derecho a la pensión de vejez pretendida en el RPM, lo que se analizará en el siguiente aparte.

Régimen de transición y pensión de vejez:

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señala que serán beneficiarios del régimen de transición pensional aquellas personas que, al 01 de abril de 1994, se encontraran dentro de los siguientes grupos poblacionales: I) Los hombres que, a dicha fecha, contaran con 40 años o más de edad; II) las mujeres que, a dicha calenda, contaran con 35 años o más de edad; III) unos u otros que, a dicha calenda, contaran con 15 o más años de servicios cotizados. A estas personas se les aplicará el régimen anterior al cual se encontrarán afiliados.

Ahora bien, la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 Constitucional, limitó la vigencia del régimen de transición pensional hasta el 31 de julio de 2010, y excepcionalmente, hasta el año 2014, siempre que los trabajadores que, estando en dicho régimen, contaran con 750 semanas o su equivalente en años de servicios al 25 de julio de 2005 (Art. 48 C. N., párrafo transitorio 4º, adicionado por el A.L. 01 de 2005).

En el caso, la señora **Patricia Fernández Estrella** nació el 17 de marzo de 1959 y al 01 de abril de 1994 contaba con 35 años, por lo que en principio resulta beneficiaria del régimen de transición, sin que tenga incidencia alguna el traslado de

¹⁰ CSJ SL 1217-2021.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 001 2019 380 01



la demandante al RAIS, que se estudió en el acápite anterior, toda vez que el efecto de la declaratoria de la nulidad del traslado de régimen efectuado por la demandante en el año 1999, no es otro que el retorno al estado de cosas anterior al referido traslado.

Los beneficios del régimen de transición a que tiene derecho la demandante no sufren afectación alguna por la limitación contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005, pues el accionante para el 29 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas, por lo que este tiene derecho a que su pensión sea estudiada conforme al **Acuerdo 049 de 1990**, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que exige 60 o más años de edad si se es hombre o 55 si se es mujer, un mínimo de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

En el caso de la demandante, esta alcanzó la edad de 55 años el **17 de marzo de 2014**, en cuanto a las semanas cotizadas, acreditó un total de **1.862,29 semanas** en toda su vida laboral, por lo que la tasa de reemplazo a aplicar es del 90%.

En cuanto a la **fecha del disfrute de la prestación**, se tiene que si bien la última cotización la actora fue el 31 de junio de 2016, con el objetivo de incrementar su mesada pensional, por lo que tales cotizaciones serán tenidas en cuenta y se concederá la prestación desde el 1 de julio de 2016.

En lo referente a la liquidación de la prestación económica, una vez efectuados los cálculos matemáticos, los resultados obtenidos son los siguientes: el ingreso base de liquidación con los salarios de toda la vida laboral equivale a **\$3.383.451,34**, mientras que el ingreso base de liquidación calculado con los salarios de los últimos 10 años equivale a **\$4.966.517,93**, siendo este último el más favorable.

Así, al multiplicar el IBL más favorable, por la tasa de reemplazo del 90%, se obtiene una primera mesada de **\$4.469.866,14** a partir del 1 de julio de 2016.



Ante la declaratoria de nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, las cosas retornan a su estado inicial y en ese sentido, es Colpensiones la entidad deberá asumir el pago de diferencias entre la mesada aquí liquidada para el RPM y la reconocida por Protección S.A. en el RAIS y luego del traslado del demandante al RPM, pagará el valor total de la pensión de vejez.

En atención a que las entidades demandadas formularon la excepción de prescripción de la acción, se indica que de acuerdo con las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, y CSJ SL 4360-2019 la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional es imprescriptible.

Empero, previo a liquidar el retroactivo, deberá estudiarse si frente a las diferencias pensionales causadas que se encuentran a cargo de Colpensiones operó tal excepción:

En el caso el disfrute a las mesadas se dio el 1 de julio de 2016, la demandante presentó reclamación administrativa ante Protección S.A., el 21 de abril de 2018 y ante Colpensiones el 21 de febrero de 2019 y radicó la demanda el 4 de julio de 2019.

De tal manera que no operó el fenómeno prescriptivo pues transcurrieron no más de los 3 años previstos en los artículos 151 del CPT y 488 del CST., entre la causación del derecho y las reclamaciones administrativas, ni entre estas y la radicación de la demanda.

Así las cosas, deberá condenarse a Colpensiones a reconocer las diferencias causadas entre la mesada pensional reconocida por parte de Protección S.A. y la aquí liquidada desde el 1 de julio de 2016 y una vez se realice el traslado efectivo del demandante al RPM, comenzará a efectuar el pago de la totalidad de la mesada pensional.

Para lo anterior, Colpensiones deberá tener en cuenta que la mesada para los años 2016 a 2022, equivale a las sumas que a continuación se indica:



AÑO	MESADA
2.016	\$ 4.469.866,14
2.017	\$ 4.726.883,44
2.018	\$ 4.920.212,98
2.019	\$ 5.076.675,75
2.020	\$ 5.269.589,43
2.021	\$ 5.354.429,82
2.022	\$ 5.655.348,77

El retroactivo por diferencias deberá indexarse mes a mes desde el momento de su causación y hasta la fecha efectiva de su pago.

En cuanto a Protección S.A., la obligación de tal entidad radica en devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Patricia Fernández Estella, devolver lo que pagó por concepto de mesadas pensionales, además de los bonos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, destinado a la pensión de vejez, tal como lo dispuso la sentencia CSJ, SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 que dijo:

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Es de recalcar que la declaratoria de la ineficacia de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, no trae consigo la imposición de nuevas obligaciones a cargo de Colpensiones, pues como lo ha sostenido la CSJ en varias oportunidades¹¹, la declaratoria de la nulidad del cambio de régimen pensional, conlleva a que la Administradora de Pensiones – Colpensiones, este obligada a reconocer que la afiliación del demandante se mantuvo vigente, por lo

¹¹ Verbigracia es posible consultar las sentencias SL17595-2017 y sentencia del 8 sep. 2008, rad. 31989.



que los derechos que adquirió al momento de su afiliación al RPM, se mantienen, sin que con ello se afecte la estabilidad financiera del RPM como lo afirmó tal entidad en su recurso de apelación, ya que la AFP demandada Protección S.A. tiene la obligación de devolver a Colpensiones la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Protección S.A. también deberá devolver el bono pensional recibido.

Además, fundamento en lo dispuesto en la Ley 100/1993, art. 143 inciso 2, en concordancia con el Decreto 692/1994, art. 42 inciso 3, se autorizara a Colpensiones para que, de las diferencias pensionales a pagar, realice los descuentos en salud.

Previo a finalizar lo concerniente al estudio de la nulidad de traslado en el demandante y su pensión, es importante puntualizar que en el caso no resulta aplicable la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora como medida para que la señora Patricia Fernández Estrella obtenga su reparación, como lo sostiene la CSJ en la sentencia 373 de 2021, ya que esta no fue pretendida por la demandante ni debatida en el proceso por lo que imponer una condena en ese sentido implicaría una violación al principio consonancia establecida en el art. 66A del Código Procesal del Trabajo y la SS., y una vulneración al debido proceso de los demandados, pues como lo expresó la CSJ en sentencia SL1349-2021, aquellos puntos que no son objeto de reparo, no pueden ser estudiados, refiriéndose específicamente aun caso de nulidad de traslado, sumado a que, en consideración de la Sala, tal medida de reparación no significa la materialización del derecho fundamental a la seguridad social, siendo esto lo realmente el debatido en el proceso.

Sumado a que una condena por indemnización plena de perjuicios en cuantía de la pensión contra una Administradora de Fondos de Pensiones afectaría financieramente el sistema de pensiones, pues Protección S.A. tendría que asumir la cuantía de la pensión, lo cual, generaría las mismas consecuencias financieras que se quieren evitar en la sentencia SL 373 de 2021.

Finalmente, en lo que corresponde a la **demanda de reconvención**, tendiente a que se condene a la demandante a retornar a la AFP las sumas pagadas



por concepto de mesada pensional y el bono pensional tipo A pagado a su nombre, argumento que reiteró en su recurso de apelación, la Sala debe indicar que las mesadas pensionales fueron recibidos de buena fe por el demandante y es la AFP demandada quien debe asumir a su cargo el deterioro que se pudo causar por el pago de las mesadas¹², en cuanto al bono pensional tipo A, este se generó en virtud de la permanencia durante un periodo del actor al RPM administrado por Colpensiones, por lo que ante su retorno a tal régimen, lo mismo debe ocurrir con el bono generado, pero ello se encuentra a cargo del fondo demandado.

De allí que, no pueden salir avantes las pretensiones de la demanda de reconvencción.

Por todo lo anterior se **revocara** la decisión de primera instancia para conceder las pretensiones de la demanda.

En cuanto a las **costas**, las mismas estarán en ambas instancias a cargo de los demandados.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar declarar no probadas las excepciones propuestas por los demandados.

SEGUNDO. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** debe **reconocer** a la señora **PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA** la pensión de vejez con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1 de julio de 2016 a razón de 13 mesadas al año y con una primera mesada de \$4.469.866,14.

¹² CSJ SL7107 del 2015, SL4489 de 2018, SL232 de 2019 y SL3464 de 2019.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 001 2019 380 01



SEGUNDO. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a **reconocer y pagar** a la señora **PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA** las **diferencias pensionales** causadas entre la mesada pagada por PROTECCIÓN S.A. en el RPM y la mesada aquí liquidada a partir del **1 de julio de 2016** y hasta cuando se realice el traslado efectivo de la demandante al RPM.

Para lo anterior, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES deberá tener en cuenta que la mesada de la señora **PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA** para los años 2016 a 2022, equivale a las sumas que a continuación se indica:

AÑO	MESADA
2.016	\$ 4.469.866,14
2.017	\$ 4.726.883,44
2.018	\$ 4.920.212,98
2.019	\$ 5.076.675,75
2.020	\$ 5.269.589,43
2.021	\$ 5.354.429,82
2.022	\$ 5.655.348,77

TERCERO. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar la totalidad de la mesada pensional a la señora **PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA** una vez se realice el traslado efectivo de la demandante junto con los saldos de su cuenta de ahorro individual por parte de PROTECCIÓN S.A. a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

CUARTO. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar el retroactivo causado por las diferencias pensionales debidamente indexado mes a mes desde el momento de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

QUINTO. CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió con motivo de la afiliación de la señora **PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA**, tales como cotizaciones, incluido lo que pagó

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 001 2019 380 01



por concepto de mesadas pensionales, bonos pensiones, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado; también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones de la demandante.

SEXTO. AUTORIZAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** para que con fundamento en lo dispuesto en la Ley 100/1993, art. 143 inciso 2, en concordancia con el Decreto 692/1994, art. 42 inciso 3, de las diferencias pensionales a pagar efectúe los descuentos en salud.

SEPTIMO. ABSOLVER a la señora **PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA** de las pretensiones de las demandas de reconvención presentadas por **PROTECCIÓN S.A.** y el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

OCTAVO. COSTAS ambas instancias a cargo de los demandados y en favor de la señora **PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA**. Líquidense como agencias en derecho en esta instancia la suma de un (1) SMLMV para cada uno.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias>.

En constancia se firma.

Los Magistrados,

Se suscribe con firma electrónica
ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO
Magistrado Ponente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

MARY ELENA SOLARTE MELO

GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

Antonio Jose Valencia Manzano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 7 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ab3b907c525cdc953967cffd21b120ccf68c9161f4bdca322f5e492e15c8a940**

Documento generado en 30/03/2022 09:37:29 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: PATRICIA FERNANDEZ ESTRELLA
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
PROCEDENCIA: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 001 2019 380 01