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

PROCESO	**ORDINARIO**
DEMANDANTE	**NANCY SOLARTE MATA**
DEMANDANDO	**COLPENSIONES** **PORVENIR S.A.** **COLFONDOS S.A**
VINCULADOS	**MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO** **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**
PROCEDENCIA	**JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI**
RADICADO	**76001310500720210015101**
INSTANCIA	**SEGUNDA – APELACIÓN Y CONSULTA**
PROVIDENCIA	**SENTENCIA No. 64 del 31 de marzo de 2023**
TEMAS Y SUBTEMAS	**NULIDAD DE TRASLADO:** PORVENIR S.A. omitió deber de información. Pensionado del RAIS **PENSIÓN VEJEZ:** Cumplimiento de los requisitos con decreto 758 de 1990, por ser beneficiario de la transición, se reconoce a partir del cumplimiento de la edad junio de 2013 Prescripción mesadas anteriores a 2018
DECISIÓN	**REVOCA**

Conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022 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. 165 del 12 de Agosto de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboraldel Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la señora **NANCY SOLARTE MATA,** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS,** bajo la radicación **76001310500720210015101.**

AUTO DE SUSTANCIACIÓN No. 194

Atendiendo el memorial aportado por el apoderado principal de COLPENSIONES (Archivo 06 cuaderno tribunal), se reconoce personería a la abogada DANNA SATIZABAL PERLAZA identificada con la cedula de ciudadanía No. 1.144.027.595 y T.P. No. 254.442, en calidad de apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES PROCESALES

La señora **NANCY SOLARTE MATA** demandó a **Colpensiones, Provenir S.A. y Colfondos S.A.,** pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, se ordene su retorno a Colpensiones, con el traslado por parte de COLFONDOS del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, los cuales deberán acreditarse en los términos de semanas cotizadas, de acuerdo al salario base de cotización; así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, lo descontado por primas y seguros previsionales con sus correspondientes rendimientos o rentabilidad, lo descontado por gastos de administración con cargo a su propio patrimonio; los saldos de cuentas voluntarias si las hubiere, lo correspondiente a bonos pensionales, etc.; sin que se pueda descontar de dichos valores lo cancelado por concepto de mesadas pensionales.

Asimismo, solicitó que se declare que es beneficiaria del régimen de transición y por lo tanto se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos del artículo 12 del Decreto 758 de 1990 a partir del 22 de junio de 2013, junto con las mesadas adicionales e incrementos de ley.

Igualmente pide el reconocimiento de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993. Subsidiariamente solicita se condene a las demandadas a la indexación de las mesadas reconocidas.

Adicionalmente, solicita de manera subsidiaria se condene a COLFONDOS y PORVENIR a indemnizar plenamente a la actora por todos los perjuicios que le han ocasionado su irregular vinculación al RAIS, los cuales deben ser liquidados a partir de la diferencia entre la mesada pensional reconocida por COLFONDOS y la que habría sido otorgada por COLPENSIONES.

Como hechos indicó que, realizó aportes al RPM por un total de 1119 semanas y posteriormente firmó formulario de afiliación a PORVENIR en septiembre de 1997, momento para el cual no se le suministró información clara, completa y comprensible sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional. Que desde el 01 de febrero de 2004 se encuentra afiliada a COLFONDOS S.A.

Indica que por desconocimiento de los perjuicios que le acarreó su traslado al R.A.I.S., solicitó el 21 de mayo de 2013 a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y

CESANTÍAS el reconocimiento de una pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, el cual le fue reconocida a partir del 1 de noviembre de 2013 con una cuantía inicial de $839.568.

Que el 19 de enero de 2021 le solicita a **COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** se declare la **INEFICACIA Y/O NULIDAD** de su afiliación, petición que fue despachada desfavorablemente por ambas entidades.

Finalmente, informa que el 20 de enero de 2021 solicitó a COLPENSIONES su afiliación, la cual fue rechazada mediante Oficio BZ 2021_535527-25819140 del 20 de enero de 2021. Asimismo, requirió mediante radicado No. 2021_958957 que por ser ineficaz/nulo su traslado del R.P.M.P.D. al R.A.I.S., se le tuviera como afiliada sin solución de continuidad, se le reconociera una pensión de vejez desde el 22 de junio de 2013, con sus correspondientes intereses moratorios; petición que fue resuelta negativamente por medio de Oficio No. BZ2021_958957-0212676 del 29/01/2021, aduciendo que no era procedente el estudio de la misma, por no registrar afiliación a COLPENSIONES.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** dio contestación a la demanda señalando que se opone a que se declare la nulidad del traslado por cuenta la demandante se encuentra pensionada, por ende y de conformidad con la jurisprudencia no encontramos ante una situación jurídica consolidada, la cual no es razonable revertir o retrotraer los efectos de esta sin que genere disfuncionalidades que afectan a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, además de generar un daño a "los derechos y obligaciones de terceros y del sistema en conjunto"

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, innominada, buena fe y prescripción.

COLFONDOS S.A se opuso a que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación efectuada a Colfondos S.A. señalando que las administradoras convocadas sí brindaron a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el

derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Indicó que la demandante aceptó haber suscrito de su puño y letra el formulario de afiliación al RAIS; asimismo, expone que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante, trasladándose de régimen pensional y entre administradoras de pensiones con vinculación formal al RAIS hace más de 20 años a COLFONDOS S.A., pues la demandante, dentro del plazo que las disposiciones legales le concede para manifestar sus inconformidades, o volver al Régimen de Prima Media, no lo hizo.

Agrega que la actora se encuentra pensionada por Vejez con Colfondos desde noviembre de 2013, bajo la modalidad de retiro programado, reconociéndosele una mesada de ($839.568). Hecho ante el cual no puso reparo alguno, y del cual se viene beneficiado desde hace 8 años.

Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, nadie puede ir en contra de sus propios actos, inviabilidad del traslado de régimen pensional, situación pensional consolidada-reconocimiento pensional, compensación y pago.

PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones indicando que no se demostró causal de nulidad y/o ineficacia que invalide la afiliación voluntaria de la demandante en el RAIS. Expone que la demandante fue ilustrada e informada suficientemente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes (R.A.I.S. y RPM), tomando ella misma la decisión de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es decir que, su vinculación se realizó de forma libre, espontánea, sin presiones y totalmente informada.

Propuso las excepciones que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

El juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali dispuso mediante auto interlocutorio No. 891 del 7 de abril de 2021 integrar en calidad de litisconsorte necesario a LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO-OFICINA DE BONOS PENSIONALES (archivo 02).

El MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO contestó la demanda solicitando se desestime las pretensiones de la demanda, arguyendo que está facultada exclusivamente para ejercer funciones asignadas expresamente por la ley, tal como lo define el artículo 5º de la Ley 489 de 1998, dentro de las cuales no está la de resolver controversias relacionadas con el traslado entre regímenes pensionales del Sistema General de Pensiones, ya que no funge como administradora o fondo de pensiones.

Asimismo, expuso que El Ministerio de Hacienda y Crédito Público desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por consiguiente, desconoce la asesoría que la AFP Porvenir S.A. y posteriormente Colfondos S. A. pudo haberle brindado a la señora NANCY SOLARTE MATTA con el fin de convencerla de realizar el traslado que se concretó el 16 de septiembre de 1997.

Agrega que la ineficacia de traslado es improcedente dado el status de pensionada por vejez (anticipada) de la AFP Colfondos, que ostenta la demandante, pues como se detallará más adelante, la posibilidad de traslado de régimen pensional, únicamente se prevé para las personas en condición de afiliados (no de pensionados), que cumplan con los requisitos previstos en la ley.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva: la oficina de bonos pensionales del MHCP no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional; falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES; la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia; validez y eficacia del traslado de regímenes no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional; prescripción; imposibilidad de declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación del RAIS, dada la condición de pensionada de la señora NANCY SOLARTE MATTA, por parte de COLFONDOS S.A., buena fe y genérica.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN COLFONDOS

COLFONDOS S.A. presentó demanda de reconvención en contra de la señora NANCY SOLARTE MATTA solicitando que se declare no procedente la pretensión de ineficacia y/o nulidad del traslado que realizó el señor (a) NANCY SOLARTE MATTA, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y que en el evento de declararse la nulidad de la vinculación y autorizarse el traslado de régimen pensional, el despacho a su digno cargo deberá condenar al señor NANCY SOLARTE MATTA, por los siguientes conceptos:

a. A reintegrar a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., las sumas de dinero que dicha sociedad le ha cancelado por concepto de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado, pensión reconocida desde noviembre de 2013, hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

b. Las sumas de dinero que resulten probadas por los conceptos antes mencionados, deberán cancelarse debidamente indexadas.

c. Se condene al demandado en costas y agencias en derecho.

La señora **NANCY SOLARTE MATTA** contestó la demanda de reconvención oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones manifestando que como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justica en providencias como la dictada dentro del proceso Radicado 31989 del 09 de Septiembre de 2008; a diferencia de la nulidad de la vinculación regulada por el derecho privado, en donde su declaratoria tiene efectos retroactivos respecto de las prestaciones acaecidas, en el ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social, tras la declaración de nulidad se preservan situaciones consolidadas; y el afiliado tiene derecho a conservar sin restituir, las prestaciones que le hubieren sido pagadas. Más aún, cuando se trata de un pago recibido de buena fe por la señora SOLARTE MATTA, por desconocimiento de los perjuicios que le acarreó el irregular traslado del R.P.M.P.D. al R.A.I.S.

Agrega que COLFONDOS S.A. tampoco instruyó a la demandada en reconvención respecto de las características propias del R.A.I.S.: ventajas, desventajas, proyecciones, etc.; y mucho menos, le dio a conocer que era

beneficiaria del régimen de transición consagrado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tanto por edad, como por tiempo de servicios; es decir, que podía regresar al R.P.M.P.D. y pensionarse en mejores condiciones, de no haberse producido su irregular traslado de régimen y entre A.F.P.

Por tanto, indica que COLFONDOS S.A. debe asumir con cargo a su propio patrimonio, las sumas canceladas a la señora NANCY SOLARTE MATTA por concepto de meadas pensionales; y en consecuencia, deberá absolverse a ésta última de reintegrar a la COLFONDOS S.A., las sumas canceladas por concepto de mesadas pensionales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali** decidió el litigo en sentencia No. 165 del 12 de agosto de 2021, en la que resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR PROBADA*** *la excepción de* ***INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*** *en relación con la pretensión de ineficacia de traslado y PROBADA la excepción de prescripción en cuanto a la indemnización de perjuicios.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a las demandadas* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS SA y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA****, de todas las pretensiones dirigidas en su contra por la señora* ***NANCY SOLARTE MATTA****, identificada con la cedula de ciudadanía No. 31.192.018.*
>
> ***TERCERO: DESVINCULAR*** *de la presente acción a* ***la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO - OBP – OFICINA DE BONOS PENSIONALES****, por las consideraciones expuestas*
>
> ***CUARTO: COSTAS*** *a cargo de la parte actora y en favor de las accionadas, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV en favor de cada una de las demandadas. Liquídense por Secretaría.*
>
> ***QUINTO: ABSTENERSE*** *de pronunciarse acerca del llamamiento en garantía solicitado por PORVENIR en contra de* ***COLPENSIONES*** *dada la sustracción de materia.*
>
> ***SEXTO: CONSÚLTESE*** *con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada. La anterior decisión se notifica a las partes en estrados*

Para arribar a tal decisión indicó que no se acreditó en el plenario que la demandante haya recibido información acerca de las ventajas y desventajas del RAIS ni tampoco se ilustró sobre las opciones para obtener la pensión en el RPM, razón por que tal desconocimiento produce un sesgo en la decisión de trasladarse un régimen pensional.

Pese a lo anterior indica que la accionante a la fecha se encuentra pensionada y fue beneficiada por un bono pensional que fue negociado, razón por la que conforme el criterio de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia no es procedente ordenar la ineficacia del traslado de régimen, por encontrarse en una situación jurídica consolidada.

Indica que lo procedente seno es procedente el reconocimiento de los perjuicios causados a la demandante, sin embargo, dicha acción se encuentra prescrita.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte Demandante presentó recurso de apelación en los siguientes términos:

"me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia número 165, mediante la cual absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora Nancy solarte Matta declarando la prescripción de la indemnización plena de perjuicios subsidiario el cual fundamento de la siguiente manera, desconoce la providencia que se trata de una obligación de tracto sucesivo y que el perjuicio pretendido está asociado a la disminución mensual del valor de las mesadas pensionales que recibió la señora Nancy solarte Matta, lo cual afecta fuertemente el patrimonio del Accionante, por lo que tenemos que la prescripción debe computarse de manera independiente y por cada una de las mesadas pensionales afectadas.

Se desconoce además, que la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL-373 de 2021, aunque impidió el reintegro el régimen de prima media con prestación definida de quienes se encuentren actualmente pensionados, abrió la posibilidad de reclamar la indemnización plena de los perjuicios causados sobre el valor de cada una de las mesadas pensionales por el monto de la diferencia entre la pensión otorgada por el RAIS y la que hubiera correspondido en el régimen de Prima media, valorándose con ello el daño ocasionado por el obrar negligente de los fondos de pensiones del RAIS ante la violación del

consentimiento informado con el traslado, permitiéndose invocar la acción ordinaria de perjuicios por culpa consagrada en el artículo 2341 del Código Civil.

También se desconoce en esta providencia el reciente pronunciamiento del Tribunal Superior de Cali Sala laboral en sentencia 198 del 11 de junio de 2021, en esa providencia el honorable tribunal señaló que la culpa en este caso viene dada por la conducta negligente de la administradora al no suministrar la información en los términos indicados en esta providencia, el daño se encuentra acreditado y consiste en las diferencias de pensión que deja de percibir el afiliado a la Seguridad Social y la relación de causalidad se acredita de esa manera, pues de mediar dicha información el daño no se hubiera producido. Entonces, en esa providencia el Tribunal persistió en la indemnización como forma de reparación y de esa manera entendió que en el caso que debatió de similares características al que hoy se está trabajando en esta diligencia, pues hay lugar a hacer esa indemnización plena de los perjuicios.

Solicitó por lo tanto al honorable Tribunal Superior de Cali, Sala laboral, que revoque la decisión tenida en la sentencia No. 165 del día 12 de agosto de 2021, ordenando condenar a PORVENIR y a COLFONDOS S.A al resarcimiento del daño ocasionado a mi defendida, estableciendo la responsabilidad de cada una de ellas a prorrata del tiempo que duró la afiliación de la señora Nancy solarte Matta, en cada entidad, desde el traslado hasta el otorgamiento de la prestación pensional, el cual deberá ser indexada o con intereses moratorios al momento de su pago, es necesario también indicar que, tal como se probó en esta diligencia a la señora Nancy solarte no le dieron una debida información y tal como el despacho en la providencia citada señaló las características de esa iinformación que debió ser suministrada a mi mandante, pues claro está es que no fue conferida de esa manera y por esta razón pues ella decidió hacer ese traslado en su momento, de esa manera señor juez, yo dejo sustentado los argumentos, solicito por favor al honorable Tribunal Superior atenderlos y proceder a revocar la decisión definida en esta instancia".

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en 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. 64

En el presente proceso no se encuentra en discusión: **1)** que la señora **NANCY SOLARTE MATTA** nació el día 22 de junio de 1958 (Fl. 113 archivo 01) **(2)** Entre el 20 de abril de 1976 y el 31 de octubre de 1997, estuvo afiliada en Seguridad Social "Pensiones", al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy en cabeza de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. (Fl. 114-118 archivo01) **(3)** La señora SOLARTE MATTA efectuó aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por un total de 1.119 semanas. (Fl. 114 archivo01) **(4)** En septiembre de 1997, la señora **NANCY SOLARTE MATTA** firmó formulario de afiliación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por traslado desde el R.P.M.P.D. (Fl. 210 archivo 01 y 90 archivo 07) **(5)** posteriormente la actora el 18 de diciembre de 2003 suscribió formulario de afiliación a COLFONDOS (fl. 130 archivo 01), **(6)** la demandante solicitó el 21 de mayo de 2013 ante COLFONDOS en reconocimiento de la pensión de vejez (fl. 140-142 archivo 01), la cual le fue reconocida a partir del 01 de noviembre de 2013, en la modalidad de retiro programado con negociación de bono pensional y en cuantía inicial de $839.568 (fl. 201-203 archivo 01) **(7)** La señora **NANCY SOLARTE MATTA** solicitó el 19 de enero de 2021 a PORVENIR S.A. la ineficacia del traslado (fl. 122 archivo 01), el cual fue negado por la AFP (fl. 123 archivo 01), **(8)** que la demandante el 19 de enero de 2021 pidió ante COLFONDOS la ineficacia del traslado (fl. 126 archivo 01), requerimiento que fue resuelto negativamente por oficio del 25 de enero de 2021 (fl. 127-129 archivo 01), **(8)** que la actora suscribió formulario de afiliación a COLPENSIONES el 20 de enero de 2021 (fl. 220 archivo 011), el cual fue rechazado por la Administradora por encontrarse pensionada en el RAIS (fl. 221 archivo 01), **(9)** asimismo, presentó la accionante solicitud de pensión de vejez ante COLPENSIONES (fls. 222-232 archivo 01), la cual fue respondida por COLPENSIONES en oficio BZ2021_958957-0212676 del 29 de enero de 2021, indicándole que no era procedente dar trámite a la petición, por cando no se encontraba afiliada a la administradora.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo el recurso de apelación presentado por la parte activa la Sala como **primer problema jurídico** deberá establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual,

efectuada por la señora **Nancy solarte Matta,** pese a encontrarse pensionado en el RAIS por parte de COLFONDOS S.A.

Para resolver el primer problema jurídico, la Sala deberá estudiar si Porvenir S.A., AFP a la que inicialmente se trasladó la accionante, cumplió o no el deber de información al momento del traslado de régimen del demandante.

De declararse la nulidad del traslado, entonces deberá esta Sala de decisión determinar si dicha acción se encuentra prescrita y cuál es la consecuencia jurídica de la ineficacia, de no encontrarse afectada por el fenómeno extintivo.

De determinarse que la consecuencia jurídica es el retorno al RPM y no la indemnización de perjuicios, deberá estudiarse si a la señora NANCY SOLARTE MATTA le asiste o no el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme los lineamientos del Acu. 049 de 1990 en virtud de su pertenencia al régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, punto en el que deberá definirse cuál es la fecha de causación y disfrute del derecho y asimismo que entidad deberá reconocerlo.

Además, se determinará si PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. debe retornar a Colpensiones el total de las sumas de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo losrendimientos causados y los gastos de administración.

Luego, se estudiaría en virtud de la demanda de reconvención presentada por COLFONDOS S.A., si hay lugar a que el demandante retorne a tal AFP las sumas de dinero que dicha sociedad le ha cancelado por concepto de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez y por concepto de excedentes de libre disponibilidad.

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 Porvenir S.A. no probó cumplir con su deber de información al momento del traslado del demandante; **III)** que a la señora Nancy solarte Matta le asiste el derecho a que se le reconozca la pensión de vejez, con fundamento en el Acu. 049 de 1990 por su pertenencia al régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993; **VI)** que PORVENIR y COLFONDOS S.A. deberá retornar al RPM en total de los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos y gastos de administración.

Para decidir bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

Para resolver los problemas jurídicos que nos convoca, la Sala por efectos metodológicos en primer lugar efectuara un recuentro 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 precontractual[1], 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

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

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 otro[3].

En suma, se resalta entonces que la obligación de suministrar la información completa y veraz a tanto a los potenciales vinculados como a los afiliados, e inclusivea los pensionados, recae en las Administradoras de Fondos de Pensiones, pues son éstas las entidades que cuentan con todos los medios técnicos necesarios para asistiral cotizante[4] y, sobre este punto, jurisprudencialmente se ha definido que es la AFPa la cual se efectuó el traslado a quien le corresponde la carga de la prueba[5], 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

---

[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 1° 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 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

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 porfuerza 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 ocontractual.*
>
> *(…)*
>
> *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 materiasde 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 lainiciativa 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 dela carga de la prueba del actor a la entidad demandada".*

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 obligaciónentre 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 eltraslado, 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 Justifica 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 esposible 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 tantoderechos, 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, ellono 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 sonretiro 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 opcionespensionales 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 elafiliado, 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 defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status depensionado. 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 elafiliado 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 situacionesproblemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumentosegún 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 judicialesde 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 juzga[6].

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*

[6] Corte Constitucional C-621-15

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 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 invalido el acto, ya que como lo determina el Código Civil[7], 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 cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita[8], siendo evidente que, si el consentimiento está viciado por alguna de sus clases o modalidades, el negocio jurídico será ineficaz.

[7] Art. 1502 del Código Civil
[8] Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia SC19730-2017

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 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", 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

[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.

serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

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 **Nancy solarte Matta** que, al momento del traslado, el asesor de Porvenir 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 enel plenario.

Y, es que pese a que se firmó por parte del 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 información[10].

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, contrario a lo afirmado por los demandantes en su recurso de apelación.

Es de mencionar que la nulidad provocada en el acto inicial del contrato de traslado no se superó por la estadía del demandante en el RAIS por varios años, pues tal vicio del consentimiento no se valida con el acto antes mencionado y de acuerdo con las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL 4360-2019, entre otras, la acción encaminada a la declaratoria de ineficaciadel cambio de régimen pensional no puede afectarse por la prescripción.

En consecuencia, deberá declararse la nulidad de traslado de régimen realizada por parte de la actora, contrario a lo considerado por ad quo, 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 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 aplicaráel 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,

[10] CSJ SL 1217-2021

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., parágrafo transitorio 4°, adicionado por el A.L. 01 de 2005).

En el sub lite, la señora **Nancy solarte Matta** nació el día 22 de junio de 1958, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba con 35 años, lo que la hace beneficiaria del régimen de transición, sin que tenga incidencia alguna el traslado 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 el demandanteno es otro que el retorno al estado de cosas anterior al referido traslado.

Los beneficios del régimen de transición a que tiene derecho el demandante no sufren afectación alguna por la limitación contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005, pues la 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 55 o más años de edad 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 **22 de junio de 2013,** en cuanto a las semanas cotizadas, acreditó un total de **1706 semanas** en toda su vida laboral (fl. 28 archivo 13), por lo que la tasa de reemplazo a aplicar es del 90%.

En lo referente a la liquidación de la prestación económica, una vez efectuados los cálculos matemáticos, resulta más favorable el promedio de ingresos de los últimos 10 años, al que al aplicarle la tasa de reemplazo del 90% dada la densidad de semanas, se obtiene una primera mesada para el año 2013 de **$1.251.159,29.**

En cuanto a **la fecha del disfrute**, para el 22 de junio de 2013 la demandante ya contaba con la edad y semanas necesarias para alcanzar su derecho pensional, por lo que conforme a las reglas prevista en los arts. 13 y 35 del Acuerdo 049/90, el disfrute de la prestación será desde el **22 de junio de 2013.**

Previo a liquidar el retroactivo, deberá estudiarse la excepción de **Prescripción**:

En el caso, el derecho se causó el 22 de junio de 2013, las reclamaciones administrativas se presentaron el 20 de enero de 2021 y la demanda se radicó el 26 de marzo de 2021 (fl. 240 archivo 01), por lo que al trascurrir más de 3 años entre la causación del derecho y la reclamación administrativa, se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **20 de enero de 2018**.

En este punto no puede olvidar la Sala que el demandante ya fue pensionado por Colfondos S.A. en el RAIS desde el año 2013, por lo que lo que procede es que Colpensiones reconozca la pensión a partir del 22 de junio de 2013, empero por efectos de la prescripción solo pague **las diferencias que se causenentre la mesada pensional ya reconocida en el RAIS y la aquí liquidada a partir del 20 de enero de 2018 y una vez se realice el traslado efectivo del demandante al RPM, Colpensiones 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 2013 a 2023, equivale a las sumas que a continuación se indica:

AÑO	MESADA
2.013	1.251.143,36
2.014	1.275.415,54
2.015	1.322.095,75
2.016	1.411.601,63
2.017	1.492.768,73
2.018	1.553.822,97
2.019	1.603.234,54
2.020	1.664.157,45
2.021	1.690.950,39
2.022	1.785.981,80
2.023	2.020.302,61

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 Colfondos 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 demandante **Nancy solarte Matta** , incluido 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, siguiendopara el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Asimismo, deberá PORVENIR S.A. retronar a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones que recibió durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada con dicha AFP, con cargo a sus propias utilidades.

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 oportunidades[11], 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 de la demandante se mantuvo vigente, por lo 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 entidaden su recurso de apelación, ya que la AFP demandada Colfondos S.A. tiene la obligación de devolver a Colpensiones la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Colfondos 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 autorizará a Colpensiones para que, de las diferencias pensionales a pagar, realice los descuentos en salud.

Atendiendo que en esta sede judicial se accedió a la pretensión principal de la

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

demanda, no hay lugar a referirse a las pretensiones subsidiarias de la misma.

Finalmente, en lo que corresponde a la **demanda de reconvención,** tendiente a que se condene al demandante a retornar a la AFP las sumas pagadas por concepto de mesada pensional junto con las sumas de libre disposición, 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 deterioró que se pudo causar por el pago de las mesadas y los demás dineros pagados a la actora[12], ocurriendo lo mismo en cuanto al bono pensional, ya que este se generó en virtud de la permanencia durante un periodo del actor al RPM administrado por Colpensiones, por lo que ante su retornó 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 avante las pretensiones de la demanda de reconvención.

Por todo lo anterior se **revocará** 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, por resultar vencidos en juicio.

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,

R E S U E L V E:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia No. 165 del 12 de Agosto de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali y en su lugar declarar parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **20 de enero de 2018** y no probadaslas demás excepciones propuestas por los demandados.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad del traslado del señora **NANCY**

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

SOLARTE MATTA, del RPM administrado por el extinto ISS hoy la **ADMINISTRADORACOLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** y posterior traslado a **COLFONDOS S.A.** en tal sentido ordenar su retorno al RPM administrado hoy por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

TERCERO. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** debe **reconocer** a La señora **NANCY SOLARTE MATTA** 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 detransición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a partir del 20 de enero de 2018.

CUARTO. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a **reconocer y pagar** a la señora **NANCY SOLARTE MATTA** las **diferencias pensionales** causadas entre la mesada pagada por Colfondos S.A. en el RPM y la mesada aquí liquidada a partir del 20 de enero de 2018.

QUINTO. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar la totalidad de la mesada pensional a la señora**NANCY SOLARTE MATTA** una vez se realice el traslado efectivo de la demandante junto con los saldos de su cuenta de ahorro individual por parte de COLFONDOS S.A. a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES.

SEXTO. 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.

SÉPTIMO. CONDENAR a **COLFONDOS 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 **NANCY SOLARTE MATTA,** tales como cotizaciones, incluido lo que pagó por concepto de mesadas pensionales, bonos pensiones, sumas adicionales de la aseguradora contodos 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. Asimismo, CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones que recibió durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada con dicha AFP, con cargo a sus propias utilidades.

OCTAVO. 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 efectué los descuentos en salud.

NOVENO. COSTAS ambas instancian a cargo de **PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y en favor de la señora **NANCY SOLARTE MATTA.** Liquídense como agencias enderecho 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

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: **53df2062f0cd9c460fafb9d924b1d5f053d58d9c85f29cf8f137cf220de8f31e**

Documento generado en 30/03/2023 02:00:42 PM

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