



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

SL4297-2022

Radicación 88712

Acta 41

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Procede la Corte a proferir el fallo de instancia en el proceso ordinario laboral que **GILBERTO SEPÚLVEDA CÁRDENAS** le promovió a las sociedades **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

I. ANTECEDENTES

Mediante la sentencia CSJ SL1564-2022 del veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022), esta Corte casó el fallo dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el nueve (9) de octubre de dos mil diecinueve (2019), mediante el cual se había confirmado la sentencia dictada en primer grado que absolvió a las entidades demandadas de todo lo pretendido en su contra.

Decisión a la cual arribó la Sala, esencialmente, como consecuencia a que el Tribunal incurrió en la vulneración de las normas denunciadas, en tanto no advirtió los parámetros jurisprudenciales y los lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para tener por ineficaz la afiliación y traslado del demandante al régimen de ahorro individual.

Lo anterior, por cuanto se advirtió, que el *ad quem* no podía tener como válido y eficaz el cambio de régimen pensional efectuado por el demandante, por el hecho de que este al momento del cambio de régimen pensional no fuese beneficiario del régimen de transición, no tuviese un derecho consolidado, una expectativa legítima o le hubiese causado un perjuicio, por cuanto la Sala ha sido reiterativa en señalar, que ni la jurisprudencia desarrollada por la Corporación y, mucho menos, el ordenamiento jurídico laboral y de la seguridad social, prevén como requisito para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado, que el afiliado en el acto del cambio de régimen, tuviera una de las precitadas condiciones.

Ya que, por el contrario, se ha estimado que para ser viable la tesis planteada por esta Corporación en torno a la referida temática, lo que se exige, es que la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información, puesto que *«el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la*

solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021), la cual no se infiere de la simple firma del formulario de afiliación.

Lo anterior, en la medida que, para el cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la respectiva administradora del fondo pensional.

Y, adicionalmente, porque tampoco se podría tener convalidada la variación de régimen pensional, porque se le elaboró posteriormente una proyección de su pensión, fuera re-asesorado o hiciera aportes voluntarios, por cuanto de dichas circunstancias no se puede deducir como equivocadamente lo hizo el Tribunal, que para el momento en que se cambió de sistema pensional hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho, pues desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, *«una vez acreditada la ineficacia del traslado de régimen, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los*

afiliados hagan entre administradoras privadas, no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, realicen aportes voluntarios o sean re asesorados, como aconteció en el presente asunto lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias» (CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021).

Por tal motivo, en sede de instancia, y para mejor proveer, en lo que respecta con el tema del reconocimiento por parte de Colpensiones de la pensión de vejez, se ordenó que por Secretaría se oficiara a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que remitiera con destino a este proceso, la historia laboral detallada y actualizada a la fecha, en donde figurara el total del tiempo cotizado y el ingreso base de cotización correspondiente al demandante.

En ese sentido, según los informes secretariales que reposan en el cuaderno de la Corte, se tiene que tras librar los oficios correspondientes, y luego de realizar algunos requerimientos, el 29 de junio de 2022, se recibió escrito vía correo electrónico por parte del Director de Procesos Judiciales de Colpensiones, con copia de la historia laboral detallada y actualizada del demandante, en igual sentido, y por idénticos medios, el 19 de julio de igual calenda, se arrió por el apoderado de la AFP Protección S.A., el registro de aportes expedido por el Abogado de Procesos Jurídicos de la entidad correspondientes al señor Sepúlveda Cárdenas.

Surtidos los traslados de rigor y sin que se recibiera escrito alguno de las partes, procede la Sala a proferir la respectiva decisión que corresponde.

II. CONSIDERACIONES

En sede de instancia, entra la Corte a desatar la apelación de la parte demandante, determinando que, resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para darle prosperidad al recurso de alzada propuesto, pues el juez de primer grado, igualmente manifestó como fundamento de su decisión absolutoria, que en el presente asunto el demandante no acreditó que su consentimiento expresado en el acto de traslado de régimen, se encontraba afectado por vicio alguno.

Al efecto, procedente resulta reiterar, que la jurisprudencia desarrollada por la Sala también ha sostenido de manera pacífica, que la transgresión al deber de información en tratándose del cambio de sistema pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades regulado por el Código Civil, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación. (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Así las cosas, al prosperar la impugnación propuesta por la parte demandante, se revocará la sentencia del doce

(12) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por Gilberto Sepúlveda Cárdenas al régimen de ahorro individual en noviembre de 1996, a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

En ese sentido, la precitada administradora, como actual y última administradora pensional a la cual se encuentra vinculado el demandante, deberá trasladar a COLPENSIONES, los saldos obrantes a su favor en la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional y los rendimientos, además a devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Lo anterior, por cuanto, al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de

forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009, y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: «*Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley*».

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL SL5595-2021, CSJ SL2877-2020).

En lo relativo a la excepción de prescripción, esta Sala tiene como criterio pacíficamente establecido, que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es

imprescriptible, dado que en este tipo de procesos las pretensiones de la demanda tienen carácter declarativo (CSJ SL950-2022, CSJ SL845-2022, CSJ 5595-2021).

En este orden, al haberse declarado la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esta conlleva a que sea Colpensiones la administradora obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez por él solicitada.

Al efecto, encuentra la Sala que el señor Gilberto Sepúlveda Cárdenas no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que, conforme a la prueba documental arrojada al proceso, nació el 27 de junio de 1954, contando con 39 años a la entrada en vigencia de la referida normativa, y aproximadamente 517,53 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994 (Historia laboral remitida por Colpensiones cuaderno de la Corte, expediente digital).

Así las cosas, el régimen pensional que rige la prestación del demandante es la Ley 100 de 1993, por lo que para acceder al derecho pensional pretendido requiere 1300 semanas y 62 años de edad, presupuestos que se encuentran acreditados dado que a la edad mínima requerida arribó en el año 2016, momento para el cual también contaba con más de 1300 semanas aportadas al sistema (1390.40 semanas según historial AFP Protección S.A. exp. digital).

Ahora, observa la Sala que las historias laborales que se allegaron por Colpensiones, AFP Protección S.A., reportan cotizaciones al sistema hasta octubre de 2020, pero se certifica de un lado, que el afiliado continua en estado activo, y se observa que ha venido cotizando al sistema general de pensiones, como trabajador de Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. ESP, Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, del cual, tampoco se verifica el retiro del servicio, es decir, que no se demuestra que efectivamente el demandante se haya retirado del sistema y del servicio, presupuestos que resultan fundamentales para que proceda el pago de la prestación, conforme lo dispone los artículo 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de igual anualidad, que señalan respectivamente:

ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión.

Conforme lo dispone el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, los referidos preceptos son aplicables a la pensión de la que es acreedor el demandante.

Bajo el anterior panorama, encuentra la Corte, que lo que resulta procedente es ordenarle a Colpensiones

reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez antes señalada, una vez acredite o hubiese acreditado el retiro del servicio y del Sistema General de Pensiones, que la norma regulatoria del ingreso base de liquidación y los factores salariales de su prestación, es el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, acudiendo al promedio de lo cotizado durante los diez últimos años o el de toda la vida, si este le resultare superior, puesto que quedó acreditado que el accionante cuenta con más de las 1250 semanas de cotización y, como el promotor del proceso continuó prestando el servicio con posterioridad a la data en que causó la pensión, el ingreso base de liquidación se debe calcular teniendo en cuenta hasta la última cotización (CSJ SL779-2022).

Además, se tendrá en cuenta que le asiste el derecho sobre 13 mesadas al año, ya que la pensión se causó con posterioridad al límite temporal previsto en el parágrafo 6º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005 (31 de julio de 2011).

Ahora, como el reconocimiento y pago de la pensión debe realizarse una vez el demandante acredite el retiro del servicio y del Sistema General de Pensiones, conforme lo ha precisado la Sala (CSJ SL779-2022, CSJ SL2271-2022), se absolverá a Colpensiones del pago del retroactivo pensional y los intereses moratorios que fueran pretendido por aquel, y como el artículo 21 contiene la fórmula de indexación del IBL, no hay necesidad de pronunciarse al respecto.

En ese contexto, atendiendo las consideraciones que anteceden, habrá de revocarse la sentencia proferida el doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Veinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual, ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., efectuar las restituciones que corresponden conforme a dicha declaratoria y a devolver a Colpensiones los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, que fueron cobrados durante el tiempo de afiliación del demandante, y condenar a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de vejez; todo ello en los términos antes descritos.

Dadas las resultas del proceso, las demás excepciones propuestas quedan resueltas.

Costas en la primera instancia y en casación a cargo de las convocadas al proceso y a favor del demandante.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sede de instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

REVOCAR el fallo proferido el doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que **GILBERTO SEPÚLVEDA CÁRDENAS** realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año de 1996. En consecuencia, declarar que, para todos los efectos legales, este nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así mismo, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** a recibir las sumas mencionadas en el párrafo anterior.

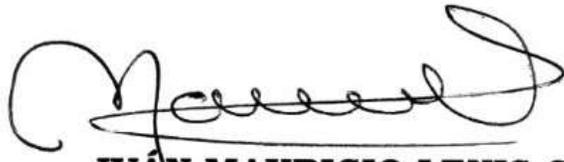
TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** al reconocimiento y pago a favor del señor **GILBERTO SEPÚLVEDA CÁRDENAS**, de la pensión de vejez a partir del día siguiente al efectivo retiro del servicio y del sistema de seguridad social en pensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones formuladas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: Costas como se dijo en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Presidente de la Sala

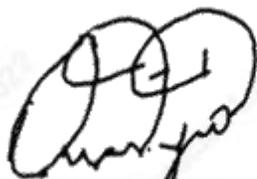


GERARDO BOTERO ZULUAGA

**IMPEDIDO
FERNANDO CASTILLO CADENA**



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR