



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral

**CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**

**Magistrada ponente**

**SL1688-2019**

**Radicación n.º 68838**

**Acta 16**

Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso **MIRYAM ARROYAVE HENAO** contra la sentencia proferida el 14 de julio de 2014 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso que adelanta contra **COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Se acepta el impedimento manifestado por el magistrado Fernando Castillo Cadena para conocer del presente asunto.

## I. ANTECEDENTES

La citada accionante promovió demanda laboral contra Colpensiones y Protección S.A., con el propósito de que se declare la «ineficacia» de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y que es beneficiaria del régimen de transición; en consecuencia, se condene a la AFP a pagarle perjuicios y trasladarla al régimen que administra Colpensiones y, a esta entidad, a reconocerle una pensión de vejez, junto a las mesadas adicionales, los intereses moratorios y/o la indexación, y las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 7 de julio de 1956; que solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada bajo el argumento de que perdió el régimen de transición al haberse trasladado al RAIS sin tener 15 años de servicios a 1.º de abril de 1994; que Colpensiones no advirtió que el 14 de enero de 2004 retornó al régimen de prima media dentro del plazo de gracia concedido en la Ley 797 de 2003 para la recuperación del beneficio transicional de transición.

Sostuvo que al momento de su afiliación al RAIS, Protección S.A. la indujo a error al omitir informarle, entre otros aspectos, el capital que se requería en su cuenta de ahorro individual para acceder a una pensión anticipada.

Por último, subrayó que en función al número de semanas sufragadas, tiene derecho al pago de la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición.

Protección S.A. al dar respuesta se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó que el 14 de enero de 2004 la actora solicitó retornar al régimen de prima media con prestación definida dentro de los parámetros establecidos en el Decreto 3800 de 2003. Argumentó que al momento de la afiliación suministró información suficiente a la demandante, quien de manera libre y voluntaria, suscribió el formulario de vinculación n.º 312742, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que no empleó su derecho de retractación, y que ratificó dicho contrato en la reasesoría que se le brindó. Resaltó que según lo anterior, el acto jurídico, cumplió todos los requisitos de existencia y validez.

Formuló las excepciones denominadas *«los asesores comerciales de Protección S.A. se encuentran plenamente capacitados, con el fin de brindar una debida asesoría a sus posibles afiliados»*, no existió ningún vicio en el consentimiento al firmar su afiliación a Protección S.A., saneamiento de la nulidad relativa alegada por la demandante, libertad en la selección del régimen, Protección S.A. cumplió con su obligación de trasladar todos los aportes realizados a Colpensiones, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, inexistencia de las

obligaciones demandadas, buena fe, compensación, prescripción y la genérica.

Colpensiones al dar respuesta a la demanda, también se opuso a las pretensiones. En relación con los hechos, aceptó la edad de la demandante, las semanas cotizadas, y que le negó una pensión.

Aseguró que la accionante no recuperó el régimen de transición, toda vez que regresó al régimen de prima media con prestación definida con posterioridad al plazo que prevé la Ley 797 de 2003; y que en todo caso no cumplió con los requisitos para obtener la pensión de vejez. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de causa legal para pedir, compensación, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, inescindibilidad de la norma e improcedencia de la indexación de las condenas.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

A través de fallo de 4 de junio de 2014, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, absolvió a las demandadas.

## **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Al resolver el recurso de apelación que interpuso la demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Medellín, mediante la sentencia recurrida en casación, confirmó la del *a quo*.

En lo que interesa a los fines del recurso extraordinario, el Tribunal dio por probado que Miryam Arroyave nació el 7 de julio de 1956, que se trasladó a Protección S.A. el 1.º de marzo de 1999, que ese fondo la reasesoró el 26 de noviembre de 2003, que el 14 de enero de 2004 solicitó su retorno al régimen de prima media con prestación definida, el cual se aprobó a partir del 1.º de marzo de 2004, que Protección S.A. trasladó los recursos al ISS el 19 de abril de 2004 y que el 17 de enero de 2013 Colpensiones le negó la pensión, por haber perdido el régimen de transición y no cumplir los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Fundamentó su decisión en que de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil *«incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*; que, en esa medida, la accionante debía demostrar los vicios del consentimiento alegados en la afiliación al régimen de ahorro individual, lo cual no hizo, como tampoco se ocupó de acreditar la falta de información adecuada, suficiente y cierta. Antes bien, sostuvo que estaba probado que se le prestó el servicio de reasesoría, pero solo se trasladó al régimen de prima media hasta el 14 de enero de 2004.

Refirió que si bien existen 3 sentencias de la Corte Suprema de Justicia relativas a la nulidad de las

afiliaciones por vicios del consentimiento, «es evidente que las mismas tienen relación con una apreciación clara y hasta bizarra que cuando se pasaron los usuarios de la seguridad social en pensiones a los fondos pensionales del RAIS ya habían cumplido los requisitos para pensionarse como régimen de transición o estaban ad portas de cumplirlos, lo cual es un error craso frente a cualquier información que le pudiesen haber dado los fondos de pensiones en esa oportunidad». Adujo que la anterior situación no se demostró, como tampoco que se tuviesen los requisitos pensionales al momento del traslado y que fue Protección S.A. quien la convenció para el traslado.

Argumentó que el traslado de régimen «no exige la existencia de un consentimiento informado sino que simplemente basta con que se diligencie el formulario donde se plasma la existencia de una solicitud de traslado y es allí donde de forma libre y voluntaria el afiliado expresa su voluntad, tal y como obra en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993». En hilo con lo dicho, aseveró que el diligenciamiento y la firma del formulario de traslado visible a folio 93 denotaba la «intención inequívoca de trasladarse de régimen y que está de acuerdo y se somete a las políticas del fondo elegido».

Agregó que con la Ley Antitrámites 019 de 2012 «podría haber responsabilidad en las entidades administradoras de fondos pensionales y de cesantías si no demuestran a partir de ello que la información entregada fue

*suficientemente clara, pero, se repite, esta responsabilidad será con posterioridad a dicha normatividad».*

Por último, indicó que la accionante no recuperó el régimen de transición cuando retornó al régimen administrado por Colpensiones, dado que no acreditó 15 años de cotizaciones a 1.º de abril de 1994.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

El recurso extraordinario de casación lo interpuso la demandante, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

#### **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

Pretende la recurrente que la Corte case la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, revoque la del *a quo* y acceda a las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito, formula un cargo por la causal primera de casación, que fue objeto de réplica.

#### **VI. CARGO ÚNICO**

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por la vía directa y en la modalidad de infracción directa del artículo 271 de la Ley 100 de 1993; por la aplicación indebida de los artículos 1604, 1610, 1740, 1741, 1742,

1743 y 1750 del Código Civil; así como la interpretación errónea de los artículos 174, 177 y 197 del Código Procesal Civil, 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, 1.º, 2.º, 3.º, 11, 12, 13, 36, 50, 76, 90, 97, 141, 142 y 271 de la Ley 100 de 1993, y 3.º de la Ley 1382 de 2009.

En la sustentación sostiene que el Tribunal aplicó erradamente los artículos 1604, 1610, 1740, 1741, 1742, 1743 y 1750 del Código Civil para definir lo atinente a la nulidad del traslado de régimen, dado que la disposición especial que regula la materia es la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 y 271. Explicó que de acuerdo con la primera de estas disposiciones, la afiliación debe ser *«libre y voluntaria»*, lo que presupone que la información brindada sea exacta, precisa y fundada en la ética; y de no reunirse estas condiciones, el último de los preceptos citados prevé dos consecuencias: la ineficacia de la afiliación y la imposición de una multa a cargo de la entidad.

Subraya que en este asunto era claro que la administradora de pensiones tenía el deber de diligencia que su responsabilidad profesional le imponía en un tema tan neurálgico, no solo para el afiliado, sino también para su familia y la misma sociedad.

Recalca que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que la elección del régimen pensional realizada por el afiliado debe ser libre y voluntaria, lo cual implica

que la decisión esté exenta de error, dolo o fuerza. De lo anterior, sigue que el consentimiento para la vinculación a una AFP, debe estar precedido del suministro de la información necesaria para conocer las posibles implicaciones de la decisión.

En armonía con ello, refiere que la oferta de servicio o producto de los fondos privados imponía la plena observancia de una debida diligencia, en tanto era un *«diálogo entre desiguales, en medio de sus diferencias, pues la selección de régimen pensional embebe caros derechos de rango fundamental como es la dignidad humana y la autonomía de la voluntad»*.

En relación con el consentimiento informado arguye que si bien ha tenido un tímido desarrollo en la jurisprudencia nacional, *«ello no significa que no se pueda extrapolar a otras vertientes del derecho»*, dado que este derecho está íntimamente ligado a un principio ecuménico: *prohomine* (todo ha de interpretarse a favor del ser humano). Refiere que por este motivo la carga de la prueba debe invertirse, en atención a los derechos en juego y las asimetrías que existen entre un operador experto en el tema de administración de portafolios de pensiones y un simple afiliado *«ignorante»* en un asunto eminentemente financiero; y además, porque procesalmente las afirmaciones o negaciones indefinidas le trasladan al fondo esta carga de probar.

Sostiene que la sola firma estampada en una proforma (formulario de afiliación) no puede liberar a los fondos del deber de diligencia profesional, precisamente por la enorme responsabilidad que comporta la prestación del servicio público esencial de seguridad social.

Asevera que la decisión carente de un conocimiento reflexivo no puede tener el carácter libre y voluntario, y que, hoy en día, muchos afiliados no se duelen de su decisión propiamente dicha, sino de la falta de asesoría de los fondos privados y de unos ofrecimientos que comportan engaño y error, *«en tanto la materia u objeto del contrato fue la causa eficiente del traslado, pues estaban huérfanos de un estudio previo, serio, concreto e individualizado de la situación de cada uno de los afiliados legos en esta materia y en una parcela del saber no solo abundante, sino dispersa y de falta de unidad de materia»*.

Asegura que *«con certeza»* una plausible asesoría provoca una decisión libre, consciente y voluntaria, que sugiere un legítimo consentimiento informado como paradigma de la dignidad de todo acto jurídico. Manifiesta que no puede haber justicia si los funcionarios judiciales no defienden los derechos desde los mismos deberes que se imponen a quienes están obligados a cumplir específicas cargas o imperativos *«y la forma más legítima es una interpretación del derecho que consulte los postulados constitucionales en procura de hallar el justo medio, en el sub iudice, invirtiendo incluso la carga de la prueba»*. Agrega que

la ausencia de asesoría afecta la autonomía y hace presumir la mala fe de los fondos privados porque *«no se puede desconocer la inmensa posición dominante que ostentan»*.

Alude a los artículos 3, literal a) y 5, literales a) y c), de la Ley 1328 de 2009, para afirmar que el deber de información y la inversión de la carga de la prueba, tienen carácter legal, y que, por esta razón, el artículo 11 de esa ley incluye dentro de las cláusulas abusivas la prohibición de invertir la carga de la prueba al consumidor financiero.

Retoma el tema de la firma del formulario, esta vez para puntualizar que, a lo sumo, revela un consentimiento, pero no necesariamente informado, *«esto es una plausible y legítima asesoría frente a las bondades, requisitos o condiciones de uno y otro régimen»*.

## VII. RÉPLICA

Colpensiones se opone a la prosperidad de los cargos. En lo atinente al traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, argumenta que al no determinar si le era o no conveniente, se trató de un supuesto error de derecho que no vicia el consentimiento y, por tanto, tampoco genera la nulidad que se alega, tal como lo adoctrinó la Corte Constitucional en la sentencia C-993 de 2006.

En ese sentido, sostiene que si la intención de la demandante era enrostrar vicios del consentimiento cuando

se afilió al RAIS, debía demostrar sus supuestos en los términos del artículo 1508 del Código Civil. Además, indica que no es posible endilgar error o dolo a Protección S.A., toda vez que esta brindó a la accionante reasesoría, pese a lo cual continuó vinculada al fondo privado.

Al concluir, refiere que en la medida que la afiliación al RAIS no es nula, para la recuperación del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a Miryam Arroyave Henao le correspondía demostrar 15 años de cotizaciones a 1.º de abril de 1994, pero ello no ocurrió.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., también se opone a la prosperidad de los cargos. Señala que la demandante no recuperó el régimen de transición, dado que no cotizó 15 años con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, tesis que adoptó esta Corporación en la sentencia CSJ SL 42923, 20 mar. 2013.

Pone de relieve que la entidad suministró reasesoría a Miryam Arroyave Henao, en la que le recomendó retornar al régimen de prima media con prestación definida; sin embargo, ella decidió continuar su vinculación con la AFP «*por un tiempo*», de lo que sigue que no tenía interés en el supuesto error que viciaba el consentimiento, el cual tampoco se probó. Por lo anterior, refiere que si no se

produjo la nulidad alegada, es inane determinar si había lugar a la aplicación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por último sostiene que, en todo caso, era la actora quien debía acreditar los vicios en el consentimiento al momento de la afiliación al fondo. Explica que si bien la Ley 1328 de 2009 impone una serie de obligaciones en cabeza de las entidades de la seguridad social en pensiones, ello no quiere decir que cuando se produce un traslado entre regímenes, se obvie tal responsabilidad; de ahí que si se afirma la mala fe, quien la alega se obliga a probarla.

**VIII. CONSIDERACIONES**

Es conveniente recordar que el Tribunal para motivar su decisión esgrimió los siguientes argumentos: (i) que solo a partir del Decreto 019 de 2012 *«podría haber responsabilidad en las entidades administradoras de fondos pensionales y de cesantías si no demuestran a partir de ello que la información entregada fue suficientemente clara»*; (ii) que para la validez del traslado al RAIS era suficiente diligenciar el formulario de afiliación, en el que constara el deseo libre y voluntario del afiliado de inscribirse en el régimen privado, en la medida que la ley *«no exige la existencia de un consentimiento informado»*; (iii) que la accionante le incumbía el deber de demostrar vicios en el consentimiento o el incumplimiento del deber de información de la AFP al momento del traslado del RPMPD al RAIS; y (iv) que el precedente *«bizarro»* de esta Sala de la Corte tiene aplicación

en aquellos casos en que la afiliación al RAIS se realiza cuando el trabajador tiene cumplidos los requisitos pensionales, aspecto que no se demostró en el caso bajo examen.

La demandante en casación combate ampliamente las razones del Tribunal con los argumentos atrás resumidos, lo cual invita a esta Sala a dilucidar varios problemas jurídicos, a saber: (1) ¿Desde cuándo existe el deber de información y asesoría a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)?; (2) ¿es suficiente diligenciar el formato de afiliación para dar por cumplido ese deber?; (3) ¿quién tiene la carga de la prueba?, y (4) ¿la jurisprudencia elaborada por esta Corte en torno a la nulidad de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene cumplidos los requisitos pensionales?

En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

## **1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación**

### **1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente**

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las

contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a

las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*.

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones

tenían la obligación de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios *«la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*.

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los

sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir *«un juicio claro y objetivo»* de *«las mejores opciones del mercado»*.

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada

la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y *«formadas en la ética del servicio público»* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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»*, premisa que implica dar a conocer *«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de

preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»* recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

## **1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo**

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de *«transparencia e información cierta, suficiente y oportuna»*, conforme al cual *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye

la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la *suficiencia* es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

*1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones **deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión.** En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.*

*2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público **información cierta, suficiente, clara y oportuna** que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias **deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros**, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad **deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.**

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3.º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, **asesoría** e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, **asesoría** e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el **deber del buen consejo**, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones

*de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.*

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar *asesoría y buen consejo*. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más *la opinión* que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones

responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

**1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría**

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la *doble asesoría*. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir *«asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia»*.

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

*Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*

*Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.*

*La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:*

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia establezca.*

*En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*

*En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus*

*afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.*

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

*3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.*

*De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.*

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

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

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

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

acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la

consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

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

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con***

*solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].*

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

### **3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado**

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el

que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al*

*que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art.

11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

#### **4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado**

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017,

CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: *(i)* al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; *(ii)* al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; *(iii)* al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y *(iv)* al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato.

Así las cosas, el cargo es fundado.

Sin costas.

## **IX. SENTENCIA DE INSTANCIA**

En el caso bajo examen, si bien obra el formulario de afiliación al RAIS suscrito el 1.º de marzo de 1999, no hay constancia de que Protección S.A. hubiese suministrado a la afiliada información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de que esa carga le correspondía a la administradora. Tampoco es admisible el argumento de que el afiliado firmó libre y voluntariamente el formulario de afiliación, pues como se explicó, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación.

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

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

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del

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

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

En conclusión, la AFP incumplió su deber de información y, por consiguiente, se declarará la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que

aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y, por tanto, no perdió los beneficios del régimen de transición.

Entonces, como es ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual, pasa la Sala a analizar (1) los derechos que surgen de esa declaración y que la actora concreta en el reconocimiento de la pensión de vejez, junto con el pago de las mesadas atrasadas, los intereses moratorios y la reparación de los eventuales perjuicios; (2) otros efectos prácticos que conlleva esa declaración, tales como la obligación de la AFP de trasladar a Colpensiones el valor de los porcentajes destinados a financiar los gastos de administración y, por último, (3) se analizarán las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

## **1. Pretensiones condenatorias**

### **1.1 De la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, adquirida en virtud del régimen de transición**

Se tiene que la accionante nació el 7 de julio de 1956 (f.º 49), por tanto, que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, contaba con 38 años de edad, y además, el 7 de julio de 2011 cumplió 55 años; asimismo, al revisar su historia laboral (f.º 112 a 119), se constata que cuenta con 1.024,82 semanas válidas para pensión.

Conforme lo anterior, se observa que la demandante cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, al contar con más de 35 años de edad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones. Por ello, el precepto anterior bajo el cual construyó su expectativa pensional, es el previsto en el Decreto 758 de 1990.

También advierte la Sala que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), la actora tenía más 750 semanas de cotizaciones. De ello, se sigue que conservó los beneficios del régimen de transición hasta el año 2014.

El artículo 12 del Decreto 758 de 1990, establece que tienen derecho a una pensión de vejez las personas que cumplan 55 o más años de edad si se es mujer, y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Pues bien, se observa que la accionante causó el derecho pensional el 7 de julio de 2011, fecha en que cumplió los 55 años y reunía más de 1.000 semanas de cotización. Es necesario precisar, así mismo, que la prestación se reconocerá a partir del 1.º de octubre de 2012, como quiera que la última cotización se realizó el 30 de septiembre de 2012 y la pensión se reclamó el 12 de

octubre de igual año. Y si bien en la historia laboral se registran 4,29 semanas cotizadas entre el 01/11/2013-31/01/2014, mismas que en realidad perjudican a la afiliada y no contribuyen a mejorar su prestación, fueron cotizadas debido a la negativa del sistema de no reconocer su derecho pensional<sup>1</sup>.

Por lo tanto, procede la Sala a realizar los cálculos matemáticos correspondientes a fin de determinar el valor de la prestación, con una tasa de reemplazo del 75% correspondiente a 1.020,53 semanas de cotización a 30 de septiembre de 2012, y un ingreso base de liquidación equivalente al promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años de servicio, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por faltarle a la afiliada a 1.º de abril de 1994 más de 10 años para cumplir requisitos pensionales. Esta operación arroja los siguientes resultados:

FECHAS		Nº DE	Nº DE	SALARIO	SALARIO	SALARIO
DESDE	HASTA	DÍAS	SEMANAS	DEVENGADO	INDEXADO	PROMEDIO
04/08/1989	30/08/1989	27	3,86	\$ 47.370,00	\$ 788.248,35	\$ 5.911,86
01/09/1989	30/09/1989	30	4,29	\$ 47.370,00	\$ 788.248,35	\$ 6.568,74
01/10/1989	31/10/1989	31	4,43	\$ 47.370,00	\$ 788.248,35	\$ 6.787,69
01/11/1989	30/11/1989	30	4,29	\$ 47.370,00	\$ 788.248,35	\$ 6.568,74
01/12/1989	31/12/1989	31	4,43	\$ 47.370,00	\$ 788.248,35	\$ 6.787,69
01/01/1990	31/01/1990	31	4,43	\$ 47.370,00	\$ 624.505,94	\$ 5.377,69
01/02/1990	28/02/1990	28	4,00	\$ 47.370,00	\$ 624.505,94	\$ 4.857,27
01/03/1990	31/03/1990	31	4,43	\$ 47.370,00	\$ 624.505,94	\$ 5.377,69
01/04/1990	30/04/1990	30	4,29	\$ 47.370,00	\$ 624.505,94	\$ 5.204,22
01/05/1990	31/05/1990	31	4,43	\$ 47.370,00	\$ 624.505,94	\$ 5.377,69
01/06/1990	30/06/1990	30	4,29	\$ 47.370,00	\$ 624.505,94	\$ 5.204,22
01/07/1990	06/07/1990	6	0,86	\$ 47.370,00	\$ 624.505,94	\$ 1.040,84
01/08/1990	31/08/1990	31	4,43		\$ -	\$ -
13/09/1990	30/09/1990	14	2,00	\$ 47.370,00	\$ 624.505,94	\$ 2.428,63

<sup>1</sup> Folio 35

FECHAS		Nº DE	Nº DE	SALARIO	SALARIO	SALARIO
DESDE	HASTA	DÍAS	SEMANAS	DEVENGADO	INDEXADO	PROMEDIO
01/10/1990	31/10/1990	26	3,71	\$ 47.370,00	\$ 624.505,94	\$ 4.510,32
01/11/1990	30/11/1990				\$ -	\$ -
01/12/1990	31/12/1990				\$ -	\$ -
01/01/1991	31/01/1991				\$ -	\$ -
11/02/1991	28/02/1991	18	2,57	\$ 89.070,00	\$ 887.124,20	\$ 4.435,62
01/03/1991	31/03/1991	31	4,43	\$ 89.070,00	\$ 887.124,20	\$ 7.639,13
01/04/1991	30/04/1991	30	4,29	\$ 89.070,00	\$ 887.124,20	\$ 7.392,70
01/05/1991	31/05/1991	31	4,43	\$ 89.070,00	\$ 887.124,20	\$ 7.639,13
01/06/1991	30/06/1991	30	4,29	\$ 89.070,00	\$ 887.124,20	\$ 7.392,70
01/07/1991	08/07/1991	8	1,14	\$ 89.070,00	\$ 887.124,20	\$ 1.971,39
01/08/1991	31/08/1991				\$ -	\$ -
01/07/1997	31/07/1997				\$ -	\$ -
01/08/1997	31/08/1997	11	1,57	\$ 90.867,00	\$ 261.096,12	\$ 797,79
01/09/1997	30/09/1997	25	3,57	\$ 143.350,00	\$ 411.900,13	\$ 2.860,42
01/10/1997	31/10/1997	10	1,43	\$ 60.000,00	\$ 172.403,26	\$ 478,90
01/11/1997	30/11/1997				\$ -	\$ -
01/12/1997	31/12/1997				\$ -	\$ -
01/01/1998	31/01/1998	11	1,57	\$ 106.920,00	\$ 261.046,46	\$ 797,64
01/02/1998	28/02/1998				\$ -	\$ -
01/03/1998	31/03/1998	19	2,71	\$ 167.517,00	\$ 408.994,76	\$ 2.158,58
01/04/1998	30/04/1998	30	4,29	\$ 226.107,00	\$ 552.042,95	\$ 4.600,36
01/05/1998	31/05/1998	30	4,29	\$ 217.197,00	\$ 530.289,07	\$ 4.419,08
01/06/1998	30/06/1998	30	4,29	\$ 227.808,00	\$ 556.195,96	\$ 4.634,97
01/07/1998	31/07/1998				\$ -	\$ -
01/08/1998	31/08/1998				\$ -	\$ -
01/09/1998	30/09/1998	26	3,71	\$ 176.649,00	\$ 431.290,65	\$ 3.114,88
01/10/1998	31/10/1998	30	4,29	\$ 203.826,00	\$ 497.643,62	\$ 4.147,03
01/11/1998	30/11/1998	30	4,29	\$ 203.826,00	\$ 497.643,62	\$ 4.147,03
01/12/1998	31/12/1998	19	2,71	\$ 129.090,00	\$ 315.174,78	\$ 1.663,42
01/01/1999	31/01/1999				\$ -	\$ -
01/02/1999	28/02/1999	28	4,00	\$ 220.676,00	\$ 461.651,82	\$ 3.590,63
01/03/1999	31/03/1999	30	4,29	\$ 236.460,00	\$ 494.671,78	\$ 4.122,26
01/04/1999	30/04/1999	30	4,29	\$ 236.460,00	\$ 494.671,78	\$ 4.122,26
01/05/1999	31/05/1999	30	4,29	\$ 236.460,00	\$ 494.671,78	\$ 4.122,26
01/06/1999	30/06/1999	30	4,29	\$ 236.460,00	\$ 494.671,78	\$ 4.122,26
01/07/1999	31/07/1999	30	4,29	\$ 236.460,00	\$ 494.671,78	\$ 4.122,26
01/08/1999	31/08/1999	30	4,29	\$ 237.000,00	\$ 495.801,46	\$ 4.131,68
01/09/1999	30/09/1999	30	4,29	\$ 237.000,00	\$ 495.801,46	\$ 4.131,68
01/10/1999	31/10/1999	30	4,29	\$ 237.000,00	\$ 495.801,46	\$ 4.131,68
01/11/1999	30/11/1999	30	4,29	\$ 236.460,00	\$ 494.671,78	\$ 4.122,26
01/12/1999	31/12/1999	22	3,14	\$ 236.460,00	\$ 494.671,78	\$ 3.022,99
01/01/2000	31/01/2000	7	1,00	\$ 260.100,00	\$ 498.114,32	\$ 968,56
01/02/2000	29/02/2000	30	4,29	\$ 260.106,00	\$ 498.125,81	\$ 4.151,05
01/03/2000	31/03/2000	30	4,29	\$ 260.106,00	\$ 498.125,81	\$ 4.151,05
01/04/2000	30/04/2000	30	4,29	\$ 312.534,00	\$ 598.530,03	\$ 4.987,75

FECHAS		Nº DE	Nº DE	SALARIO	SALARIO	SALARIO
DESDE	HASTA	DÍAS	SEMANAS	DEVENGADO	INDEXADO	PROMEDIO
01/05/2000	31/05/2000	30	4,29	\$ 295.464,00	\$ 565.839,48	\$ 4.715,33
01/06/2000	30/06/2000	30	4,29	\$ 310.502,00	\$ 594.638,57	\$ 4.955,32
01/07/2000	31/07/2000	30	4,29	\$ 275.685,00	\$ 527.960,96	\$ 4.399,67
01/08/2000	31/08/2000	30	4,29	\$ 260.106,00	\$ 498.125,81	\$ 4.151,05
01/09/2000	30/09/2000	30	4,29	\$ 285.168,00	\$ 546.121,73	\$ 4.551,01
01/10/2000	31/10/2000	30	4,29	\$ 379.999,00	\$ 727.731,42	\$ 6.064,43
01/11/2000	30/11/2000	30	4,29	\$ 305.354,00	\$ 584.779,70	\$ 4.873,16
01/12/2000	31/12/2000	30	4,29	\$ 285.000,00	\$ 545.800,00	\$ 4.548,33
01/01/2001	31/01/2001	30	4,29	\$ 286.000,00	\$ 503.707,00	\$ 4.197,56
01/02/2001	28/02/2001	30	4,29	\$ 333.447,00	\$ 587.271,29	\$ 4.893,93
01/03/2001	31/03/2001	30	4,29	\$ 286.000,00	\$ 503.707,00	\$ 4.197,56
01/04/2001	30/04/2001	30	4,29	\$ 286.000,00	\$ 503.707,00	\$ 4.197,56
01/05/2001	31/05/2001	30	4,29	\$ 302.385,00	\$ 532.564,48	\$ 4.438,04
01/06/2001	30/06/2001	30	4,29	\$ 295.000,00	\$ 519.557,92	\$ 4.329,65
01/07/2001	31/07/2001	30	4,29	\$ 286.000,00	\$ 503.707,00	\$ 4.197,56
01/08/2001	31/08/2001	30	4,29	\$ 296.000,00	\$ 521.319,14	\$ 4.344,33
01/09/2001	30/09/2001	30	4,29	\$ 290.000,00	\$ 510.751,86	\$ 4.256,27
01/10/2001	31/10/2001	30	4,29	\$ 286.000,00	\$ 503.707,00	\$ 4.197,56
01/11/2001	30/11/2001	30	4,29	\$ 396.000,00	\$ 697.440,46	\$ 5.812,00
01/12/2001	31/12/2001	30	4,29	\$ 339.000,00	\$ 597.051,31	\$ 4.975,43
01/01/2002	31/01/2002	30	4,29	\$ 309.000,00	\$ 505.552,16	\$ 4.212,93
01/02/2002	28/02/2002	30	4,29	\$ 309.000,00	\$ 505.552,16	\$ 4.212,93
01/03/2002	31/03/2002	30	4,29	\$ 309.000,00	\$ 505.552,16	\$ 4.212,93
01/04/2002	30/04/2002	30	4,29	\$ 309.000,00	\$ 505.552,16	\$ 4.212,93
01/05/2002	31/05/2002	30	4,29	\$ 351.000,00	\$ 574.267,99	\$ 4.785,57
01/06/2002	30/06/2002	30	4,29	\$ 319.000,00	\$ 521.913,07	\$ 4.349,28
01/07/2002	31/07/2002	30	4,29	\$ 309.000,00	\$ 505.552,16	\$ 4.212,93
01/08/2002	31/08/2002	30	4,29	\$ 309.000,00	\$ 505.552,16	\$ 4.212,93
01/09/2002	30/09/2002	30	4,29	\$ 395.000,00	\$ 646.256,00	\$ 5.385,47
01/10/2002	31/10/2002	30	4,29	\$ 396.000,00	\$ 647.892,09	\$ 5.399,10
01/11/2002	30/11/2002	30	4,29	\$ 370.000,00	\$ 605.353,72	\$ 5.044,61
01/12/2002	31/12/2002	30	4,29	\$ 327.000,00	\$ 535.001,80	\$ 4.458,35
01/01/2003	31/01/2003	30	4,29	\$ 332.000,00	\$ 507.649,81	\$ 4.230,42
01/02/2003	28/02/2003	30	4,29	\$ 332.000,00	\$ 507.649,81	\$ 4.230,42
01/03/2003	31/03/2003	29	4,14	\$ 391.000,00	\$ 597.864,69	\$ 4.816,13
01/04/2003	30/04/2003	29	4,14	\$ 332.000,00	\$ 507.649,81	\$ 4.089,40
01/05/2003	31/05/2003	29	4,14	\$ 332.000,00	\$ 507.649,81	\$ 4.089,40
01/06/2003	30/06/2003	29	4,14	\$ 332.000,00	\$ 507.649,81	\$ 4.089,40
01/07/2003	31/07/2003	29	4,14	\$ 332.000,00	\$ 507.649,81	\$ 4.089,40
01/08/2003	31/08/2003	29	4,14	\$ 332.000,00	\$ 507.649,81	\$ 4.089,40
01/09/2003	30/09/2003	29	4,14	\$ 332.000,00	\$ 507.649,81	\$ 4.089,40
01/10/2003	31/10/2003	29	4,14	\$ 332.000,00	\$ 507.649,81	\$ 4.089,40
01/11/2003	30/11/2003	29	4,14	\$ 444.000,00	\$ 678.905,17	\$ 5.468,96
01/12/2003	31/12/2003	29	4,14	\$ 347.000,00	\$ 530.585,80	\$ 4.274,16
01/01/2004	31/01/2004	27	3,86	\$ 358.000,00	\$ 514.065,77	\$ 3.855,49

FECHAS		Nº DE	Nº DE	SALARIO	SALARIO	SALARIO
DESDE	HASTA	DÍAS	SEMANAS	DEVENGADO	INDEXADO	PROMEDIO
01/02/2004	29/02/2004	30	4,29	\$ 358.000,00	\$ 514.065,77	\$ 4.283,88
01/03/2004	31/03/2004	30	4,29	\$ 358.000,00	\$ 514.065,77	\$ 4.283,88
01/04/2004	30/04/2004	30	4,29	\$ 358.000,00	\$ 514.065,77	\$ 4.283,88
01/05/2004	31/05/2004	30	4,29	\$ 388.206,00	\$ 557.439,71	\$ 4.645,33
01/06/2004	30/06/2004	30	4,29	\$ 385.036,00	\$ 552.887,79	\$ 4.607,40
01/07/2004	31/07/2004	30	4,29	\$ 359.865,00	\$ 516.743,80	\$ 4.306,20
01/08/2004	31/08/2004				\$ -	\$ -
01/09/2004	30/09/2004				\$ -	\$ -
01/10/2004	31/10/2004				\$ -	\$ -
01/11/2004	30/11/2004	30	4,29	\$ 358.000,00	\$ 514.065,77	\$ 4.283,88
01/12/2004	31/12/2004				\$ -	\$ -
01/11/2009	30/11/2009				\$ -	\$ -
01/12/2009	31/12/2009	30	4,29	\$ 497.000,00	\$ 542.525,20	\$ 4.521,04
01/01/2010	31/01/2010	30	4,29	\$ 497.000,00	\$ 531.887,45	\$ 4.432,40
01/02/2010	28/02/2010	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 551.150,98	\$ 4.592,92
01/03/2010	31/03/2010	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 551.150,98	\$ 4.592,92
01/04/2010	30/04/2010	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 551.150,98	\$ 4.592,92
01/05/2010	31/05/2010				\$ -	\$ -
01/10/2010	31/10/2010				\$ -	\$ -
01/11/2010	30/11/2010	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 551.150,98	\$ 4.592,92
01/12/2010	31/12/2010	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 551.150,98	\$ 4.592,92
01/01/2011	31/01/2011	30	4,29	\$ 515.000,00	\$ 534.182,82	\$ 4.451,52
01/02/2011	28/02/2011	30	4,29	\$ 535.600,00	\$ 555.550,13	\$ 4.629,58
01/03/2011	31/03/2011	30	4,29	\$ 535.600,00	\$ 555.550,13	\$ 4.629,58
01/04/2011	30/04/2011	30	4,29	\$ 535.600,00	\$ 555.550,13	\$ 4.629,58
01/05/2011	31/05/2011	30	4,29	\$ 535.600,00	\$ 555.550,13	\$ 4.629,58
01/06/2011	30/06/2011	30	4,29	\$ 535.600,00	\$ 555.550,13	\$ 4.629,58
01/07/2011	31/07/2011	30	4,29	\$ 535.600,00	\$ 555.550,13	\$ 4.629,58
01/08/2011	31/08/2011	30	4,29	\$ 535.600,00	\$ 555.550,13	\$ 4.629,58
01/09/2011	30/09/2011	30	4,29	\$ 535.600,00	\$ 555.550,13	\$ 4.629,58
01/10/2011	31/10/2011	30	4,29	\$ 535.600,00	\$ 555.550,13	\$ 4.629,58
01/11/2011	30/11/2011	30	4,29	\$ 535.600,00	\$ 555.550,13	\$ 4.629,58
01/12/2011	31/12/2011	30	4,29	\$ 535.600,00	\$ 555.550,13	\$ 4.629,58
01/01/2012	31/01/2012	30	4,29	\$ 535.600,00	\$ 535.600,00	\$ 4.463,33
01/02/2012	29/02/2012	30	4,29	\$ 566.700,00	\$ 566.700,00	\$ 4.722,50
01/03/2012	31/03/2012	30	4,29	\$ 566.700,00	\$ 566.700,00	\$ 4.722,50
01/04/2012	30/04/2012	30	4,29	\$ 566.700,00	\$ 566.700,00	\$ 4.722,50
01/05/2012	31/05/2012	30	4,29	\$ 566.700,00	\$ 566.700,00	\$ 4.722,50
01/06/2012	30/06/2012	30	4,29	\$ 566.700,00	\$ 566.700,00	\$ 4.722,50
01/07/2012	31/07/2012	30	4,29	\$ 566.700,00	\$ 566.700,00	\$ 4.722,50
01/08/2012	31/08/2012				\$ -	\$ -
01/09/2012	30/09/2012	30	4,29	\$ 566.700,00	\$ 566.700,00	\$ 4.722,50
<b>TOTAL</b>		<b>3.600</b>	<b>514,29</b>			<b>\$ 558.302,11</b>

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN	=	\$	558.302,11
FECHA DE PENSIÓN	=		01/10/2012
PORCENTAJE DE PENSIÓN	=		75%
VALOR DE LA PRIMERA MESADA	=	\$	418.726,58
SMLM - 2012	=	\$	566.700,00

De acuerdo con lo precedente, los salarios promedio devengados por la actora en los últimos 10 años de servicios debidamente actualizados ascienden a \$558.302,11; guarismo que al aplicarle el porcentaje del 75%, arroja un valor de \$418.726,58. Como ese valor es inferior al salario mínimo vigente para el año 2012, la mesada pensional se ajustará a \$566.700, equivalente al salario mínimo legal mensual vigente de esa época.

El valor del retroactivo comprendido entre el 1.º de octubre de 2012 y el 31 de marzo de 2019, arroja el siguiente resultado a favor de la demandante:

FECHAS		VALOR PENSIÓN	No. DE PAGOS	VALOR MESADAS	VALOR INDEXACIÓN AL 31/03/2019
DESDE	HASTA				
01/10/2012	31/12/2012	\$ 566.700,00	4	\$ 2.266.800,00	\$ 684.920,49
01/01/2013	31/12/2013	\$ 589.500,00	13	\$ 7.663.500,00	\$ 2.166.412,43
01/01/2014	31/12/2014	\$ 616.000,00	13	\$ 8.008.000,00	\$ 1.969.146,00
01/01/2015	31/12/2015	\$ 644.350,00	13	\$ 8.376.550,00	\$ 1.553.168,87
01/01/2016	31/12/2016	\$ 689.455,00	13	\$ 8.962.915,00	\$ 930.751,04
01/01/2017	31/12/2017	\$ 737.717,00	13	\$ 9.590.321,00	\$ 558.655,60
01/01/2018	31/12/2018	\$ 781.242,00	13	\$ 10.156.146,00	\$ 254.559,72
01/01/2019	31/03/2019	\$ 828.116,00	3	\$ 2.484.348,00	\$ 11.997,62
<b>TOTAL</b>				<b>\$ 87.508.580,00</b>	<b>\$ 8.129.611,76</b>

En consecuencia, se revocará la decisión de primer grado para condenar a la demandada Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en cuantía inicial de \$566.700 a partir del 1.º de octubre de 2012. Igualmente, con base en este valor, reajustado anualmente, la entidad reconocerá el retroactivo pensional desde esa fecha hasta el 31 de marzo de 2019 por valor de

\$57.508.580, sin perjuicio de las mesadas que se llegaren a causar hasta la fecha de pago.

Por ministerio de la ley, Colpensiones deberá descontar de la pensión reconocida el valor de la totalidad de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud - EPS a la que se encuentre afiliada la accionante.

### **1.2. Sobre los intereses moratorios**

No se accederá a los intereses moratorios toda vez que no puede predicarse una mora de Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la obligación que se le impone surge con ocasión de esta decisión.

En consecuencia, y como también se reclamó la indexación, se accederá a esta condena respecto de las mesadas pensionales causadas, lo que a 31 de marzo de 2019 arroja un valor de \$8.129.611,76, sin perjuicio de la que se cause a la fecha del pago efectivo.

### **1.3. Sobre la indemnización de perjuicios**

La Sala no accederá a esta pretensión, en la medida en que no existe en el expediente prueba cierta sobre los

perjuicios ocasionados a la accionante, de la cual pueda derivarse una condena indemnizatoria.

## **2. Otras consecuencias prácticas de la declaración de ineficacia**

Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a *gastos de administración*, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.

## **3. De las excepciones propuestas por la parte accionada**

### **3.1. Excepción de prescripción**

La parte accionada argumenta que desde la fecha en que la actora conoció su situación hasta aquella en que propuso la demanda, transcurrió el término prescriptivo de 3 años consagrado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sobre el particular, la Sala considera que *la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.*

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

Dicho de otro modo: no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración. De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.

En torno al punto, esta Corporación en la sentencia CSJ SL 8397, 5 jul. 1996, reiterada en CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347, 6 sep. 2012 y CSJ SL12715-2014, sostuvo que *«la acción para obtener la decisión judicial declarativa de que un hecho ocurrió de una determinada manera jamás se extingue por prescripción»*. De acuerdo con dicha providencia no es *«aceptable sostener que el sistema legal cierre la posibilidad jurídica de que judicialmente se reconozca después de cierto tiempo la existencia de un hecho del cual dependen consecuencias legales»*.

Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es *comprobar* o *constatar* un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la *litis*.

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

Hay que mencionar que así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un *derecho subjetivo* de orden *irrenunciable*, premisa que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como

tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable). En este sentido, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que el derecho a la pensión o a obtener su valor real, puede ser justiciado *en todo tiempo* (CSJ SL8544-2016).

Además de lo expuesto, considera la Corte que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión. Esta misma postura, fue expuesta por la Sala en reciente providencia CSJ SL1421-2019.

Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, pues, recuérdese, *«la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa»*. De allí que *«la*

*seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).*

Por último, es oportuno mencionar que si bien el derecho a demandar la ineficacia del traslado y la pensión o su valor real, es imprescriptible, sí lo son las mesadas pensionales no reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, conforme lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Sin embargo, en este caso ninguna mesada se extinguió, en la medida que entre la fecha de exigibilidad y la presentación de la demanda inicial, no transcurrieron 3 años.

### **3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa**

La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la *ineficacia*, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al

*status quo ante*, art. 1746 CC)<sup>2</sup>, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo<sup>3</sup>, la legislación de protección al consumidor<sup>4</sup> o del consumidor financiero<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (SC3201-2018).

<sup>3</sup> El artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo refiere que *«No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca»* el mínimo de derechos laborales.

<sup>4</sup> Los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 *«Estatuto del Consumidor»*, privan de efectos, de pleno derecho, a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los consumidores.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

### **3.3. Otras excepciones**

Para dar respuesta a las otras excepciones propuestas, la Corte se remite los argumentos esgrimidos en casación, con los cuales quedan resueltas.

Las costas de las instancias estarán a cargo de la AFP Protección S.A.

---

<sup>5</sup> De acuerdo con el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el contenido de las pólizas debe *"ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente Estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva"*.

## IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el 14 de julio de 2014 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario laboral que **MIRYAM ARROYAVE HENAO** adelanta contra **COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

En sede de instancia, **REVOCA** el fallo de primer grado y, en su lugar, se dispone:

**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **MIRYAM ARROYAVE HENAO** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, suscrita el 1.º de marzo de 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a favor de **MIRYAM ARROYAVE HENAO** una pensión de vejez, desde el 1.º de octubre de 2012, en cuantía inicial de \$566.700.

**TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a favor de **MIRYAM ARROYAVE HENAO** a título de retroactivo pensional, desde el 1.º de octubre de 2012 hasta el 31 de marzo de 2019, la suma de \$57.508.580. Por concepto de indexación en ese mismo lapso, Colpensiones deberá reconocer la suma de \$8.129.611,76. Lo anterior, sin perjuicio del retroactivo y la indexación que se cause en adelante.

Colpensiones descontará de la pensión reconocida el valor de la totalidad de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud – EPS a la que se encuentre afiliada la accionante.

**CUARTO: ABSOLVER** a Colpensiones del pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por las razones expuestas en la parte motiva.

**QUINTO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver a Colpensiones, las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esa administradora.

**SEXTO: DESESTIMAR** las excepciones propuestas por las accionadas.

**SÉPTIMO:** Costas como quedó en la parte motiva.

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

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO  
 SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, queda ejecutoriada la providencia de 17 MAY 2019 Hora: 5:00pm  
 Bogotá, D.C.

Secretario

*Quiroz*  
**RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO**

Presidente de la Sala

*Aclaro voto*

*[Signature]*  
**GERARDO BOTERO ZULUAGA**

**IMPEDIDO**

**FERNANDO CASTILLO CADENA**

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO  
 SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha de 14 MAY 2019 5:00pm  
 Bogotá, D.C.

SECRETARÍA

*[Signature]*  
**CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO  
 SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha de 14 MAY 2019 8:00 am  
 Bogotá, D.C.

Secretario

*[Signature]*  
**JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN**

ACLARO VOTO