República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.° 1

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA
Magistrada ponente

SL5000-2020
Radicación n.° 66776
Acta 46

Estudiado, discutido y aprobado en Sala Virtual

Bogotá, D. C., nueve (9) de diciembre de dos mil veinte (2020).

La Corte profiere sentencia de instancia dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ DARY BONILLA REY** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Luz Dary Bonilla Rey llamó a juicio a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, en calidad de litisconsorte necesario, con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación a Protección S.A. por carecer de validez al existir un vicio del consentimiento. En

consecuencia, se disponga la validez y vigencia de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales; que es beneficiaria del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que tiene «*1.129*» semanas, «*310*» cotizadas al ISS, «*381.14*» a Protección S. A., y «*690*» aportadas a Caprequindío y a la Gobernación del Quindío; que tiene derecho a que la pensión de vejez le sea reconocida por el Instituto de Seguros Sociales con fundamento en la Ley 33 de 1985 y que Protección S.A. es responsable de los perjuicios causados.

Además, solicitó que se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar al ISS la totalidad de aportes efectuados al régimen de ahorro individual con solidaridad; a reconocer y pagar a título de indemnización de perjuicios la diferencia entre los aportes realizados por la demandante al régimen de ahorro individual y los que deben acreditarse en el régimen de prima media con prestación definida; lo que resulte ultra o extra *petita* y las costas del proceso (f.os 2 a 19).

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, mediante fallo del 22 de mayo de 2013 resolvió:

> **PRIMERO: ABSOLVER** de todas las pretensiones propuestas por la señora **LUZ DARY BONILLA REY**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**. y al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES",** por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: **DECLARAR PROBADAS** las excepciones de fondo propuestas por las demandadas denominadas INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA, LOS HECHOS PRINCIPALES CARECEN DE SOPORTE PROBATORIO, PLENO CONOCIMIENTO DE LA ACCIONANTE SOBRE LAS CONSECUENCIAS QUE LE ACARREABA EL TRASLADO, IMPROCEDENCIA DE UNA INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS, IMPROCEDENCIA DE INTERESES MORATORIOS Y SANEAMIENTO DEL VICIO POR CONSENTIMIENTO, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: DECLARAR VÁLIDO EL TRASLADO de régimen que hiciera la señora **LUZ DARY BONILLA REY** del Régimen con Prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, a la Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad Protección S.A. el cual se realizó el 18 de junio del año 2004, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

CUARTO: Declarar **NO PROBADA LA TACHA DE TESTIGO** propuesta por las codemandadas la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES antes Instituto de Seguros Sociales en liquidación, en contra del testigo JOSÉ ANIBAL BONILLA REY, de conformidad a las consideraciones expuestas en esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** a la parte vencida, en un 10% y se fijan agencias en derecho, por la suma de $294.750,00 (f.os 153 a 155).

El *a quo* estimó que estaba probado: la fecha de nacimiento (23 de octubre de 1954), por lo que cumplió 55 años el 23 de octubre de 2009; que la promotora del proceso se afilió a Protección el 18 de junio de 2004 (f.° 85), cuando contaba con 49 años de edad; el rechazo del traslado al ISS que expresó Protección en oficio del 18 de marzo de 2010 (f.° 47) y que el 18 de junio de 2009 el ISS también negó dicha solicitud.

En punto a la validez de la afiliación a Protección S.A., dijo que la actora estuvo afiliada a Colfondos del 10 de febrero de 1995 hasta el 18 de junio de 2004, fecha en la cual firmó solicitud de traslado a Protección S.A. y que en ese lapso no hizo aportes a la AFP; que según la historia laboral cotizó del 5 de mayo de 1992 al 30 de noviembre de 1995 a Caprequindío (f.° 35), luego aportó al ISS desde el 1 de diciembre de 1995 hasta el 13 de diciembre de 2001.

Manifestó que durante el tiempo que estuvo afiliada a Colfondos también lo estuvo al ISS; sin embargo, conforme al artículo 5 del Decreto 3995 de 2008 cuando el traslado se haya efectuado dentro del término de permanencia mínima y no realizaron aportes, se entenderá vinculada a la administradora a la que se cotizó, por lo que consideró que la actora estuvo vinculada al ISS toda vez que a esta administradora fue donde se destinaron las cotizaciones.

Dijo que la vinculación de la actora a Protección S.A. el 2 de julio de 2004 se trataba de un traslado de régimen, por lo que dicha administradora tenía que constatar si la afiliada tuvo cinco años de permanencia antes de trasladarse, verificación que no realizó, aunque, el *a quo* encontró que sí se cumplía con las condiciones para ello.

Sostuvo que, a pesar de que cuando se trasladó al RAIS le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, dada la decisión de exequibilidad condicionada

expresada en sentencia CC C-1024-2004, podía regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento, pues reunía las condiciones del beneficio de transición, conforme a la sentencia CC C-789 de 2002.

Agregó que la demandante, del 5 de marzo de 1992 al 30 de noviembre de 1995 estuvo afiliada a Caprequindío y, posteriormente, se afilió al ISS del 1 de diciembre de 1995 al 13 de diciembre de 2001; asimismo, laboró en la gobernación del Quindío del 5 de mayo de 1992 al 13 de diciembre de 2001 y luego desde 18 de enero de 2005. Indicó que, efectuados los cálculos correspondientes, no cotizó 15 años al 1 de abril de 1994.

Adujo que Protección S.A. realizó la simulación de la pensión en ese régimen 5 y 6 meses antes del traslado (2 y 28 de febrero de 2004), en donde se le efectuaron las cuentas de cuál sería la pensión de vejez dependiendo de la edad (f.° 48 y 50). Además, precisó que la actora tenía un sueldo superior al mínimo, por lo que es *«increíble»* que haya aceptado afiliarse a un fondo privado cuando le hicieron los correspondientes cálculos y que posteriormente aduzca que fue inducida en error. Además, dado su nivel intelectual tenía capacidad de entender las condiciones en que se pensionaría.

Agregó que, la promotora del proceso, en el año de 1995, cuando debía decidir si se pasaba o no a un fondo privado tenía la obligación de haber efectuado el estudio respectivo para identificar qué le era más conveniente, máxime cuando

los asesores del ISS les informaron a los trabajadores que no se retiraran porque era mejor permanecer en el Instituto, por lo que era claro que tuvo pleno conocimiento de las consecuencias de su traslado.

La actora interpuso el recurso de apelación contra dicha decisión, fundándose en la invalidez de la afiliación realizada a Colfondos en el año 2004 pues, en su criterio, existió un vicio del consentimiento frente a la información que se le brindó, ya que si bien le entregaron unas proyecciones de la pensión no se le informó que perdería el régimen de transición y la posibilidad de pensionarse a la edad de 55 años. Además, precisó que, pese a sus condiciones profesionales no podría exigírsele conocer aspectos legales de su proceso pensional, máxime que los cargos desempeñados en nada se relacionan con la materia.

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, mediante fallo del 28 de noviembre de 2013 confirmó la decisión de primera instancia y condenó en costas a la demandante.

Mediante sentencia CSJ SL5144-2019, esta colegiatura, al abordar el estudio del recurso de casación que interpuso Luz Dary Bonilla Rey, resolvió casar la decisión proferida el 28 de noviembre de 2013 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Lo anterior estuvo sustentado en que el fallador de segundo grado se

equivocó al considerar que la ineficacia del traslado estaba afectada por el fenómeno de la prescripción.

Para mejor proveer se dispuso oficiar: a Colpensiones para que remitiera la historia laboral de la actora y las resoluciones emitidas; a la AFP Protección para que enviara copia de la historia laboral de la demandante; a la Gobernación del Quindío y a la Contraloría Departamental del Quindío para que allegara certificación sobre tiempos de servicios y los salarios devengados mes a mes.

Las mencionadas entidades remitieron la información solicitada, salvo la Directora de Talento Humano de la Secretaría Administrativa del Departamento del Quindío, quien no allegó la certificación de tiempos de servicios con dicha entidad, por lo que en auto del 9 de octubre del presente año se le requirió (f.° 90, 96, 101 y 114 del cuaderno de la Corte).

Mediante correo electrónico del 23 de octubre de 2020 la mencionada entidad territorial remitió certificación de tiempo laborado expedido el 20 de octubre de 2020, en la que consta que, la demandante en la actualidad está vinculada y que «*no se evidencia acto administrativo que rompa la continuidad*» (f.° 126 del cuaderno de la Corte).

En ese orden, surtido el traslado a las partes y vencido dicho término están dadas las condiciones para proferir la correspondiente decisión de instancia.

II. CONSIDERACIONES

A fin de desatar los puntos de inconformidad de la parte actora contra la decisión de primer grado, la Sala abordará las siguientes temáticas: *i)* la selección inicial al régimen de prima media; *ii)* la ineficacia del traslado ocurrida en el año 2004; *iii)* el beneficio de la transición y el derecho pensional; *iv)* los perjuicios reclamados y *v)* las excepciones.

i) De la selección inicial al régimen de prima media

El parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993 señaló que tal normativa entraría a regir para los servidores públicos de los niveles departamental, municipal y distrital a más tardar el 30 de junio de 1995 o, en fecha anterior si así lo determinara la respectiva autoridad gubernamental (CSJ SL6708-2016, que reiteró lo expuesto en CSJ SL del 1° de feb. 2011, rad. 35888).

En este caso, la actora venía vinculada con la Gobernación del Quindío desde el 5 de mayo de 1992, lo que implica que era una empleada del orden territorial. En el expediente no se acreditó que las autoridades competentes del ente territorial hubiesen previsto la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en una fecha anterior al 30 de junio de 1995, razón por la cual, para el asunto en

particular de la promotora del proceso es esta la calenda en que entró a regir el sistema general de pensiones (f.° 35).

Precisado lo anterior, debe recordarse que la afiliación es el mecanismo a través del cual se ingresa al sistema de seguridad social integral, es permanente, vitalicia e independiente del régimen que seleccione el afiliado (CSJ SL 2 feb. 2010, rad. 35012). Por su parte, la selección del régimen pensional se realiza una vez entra en vigor la Ley 100 de 1993, de forma libre y voluntaria, conforme al artículo 13 de tal normativa.

Acorde con lo precedente, la actora solo podía hacer la selección inicial de régimen a partir del 30 de junio de 1995, de ahí que cualquier vinculación con una AFP de forma precedente a la fecha referida, no tiene efecto.

Entonces, la suscripción del formulario el 10 de febrero de 1995 para afiliarse a Colfondos carece de eficacia, dado que, para ese momento, como se dijo, las entidades territoriales donde laboraba no habían previsto la entrada en vigencia de la normativa reseñada y, por ende, la promotora del proceso aun no tenía la potestad de escoger entre los dos regímenes pensionales creados por el sistema general de pensiones (f.° 149).

Se insiste, solo con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 surge la facultad de seleccionar el régimen pensional

(CSJ SL 5 oct. 2010, rad. 39772, reiterada en decisión CSJ SL1279-2019), por lo que cualquier intento de afiliación anterior al 30 de junio de 1995, tal y como ocurrió en este caso, no surte efecto alguno.

En este orden, con la afiliación de la actora al ISS en julio de 1995 y los aportes realizados a dicho instituto, según informa el reporte de semanas cotizadas (f.° 27 del cuaderno principal y 97 del cuaderno de la Corte), es claro que, una vez empezó a regir la Ley 100 de 1993, en su caso, seleccionó el régimen de prima media con prestación definida; régimen este en el cual efectuó aportes hasta el 30 de junio de 2004, porque a partir del día siguiente, 1 de julio, se trasladó a la AFP Protección S.A.

Puntualizado lo anterior, a continuación, la Sala procederá a analizar la ineficacia del traslado al RAIS.

ii) De la ineficacia del traslado ocurrida en el año 2004:

Si bien se pidió en la demanda inaugural la nulidad de la vinculación al fondo demandado con fundamento en que éste incumplió con el deber legal de brindar información, la consecuencia prevista en el ordenamiento jurídico es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Por lo anterior,

la Sala analizará la temática desde la ineficacia del traslado por trasgresión al deber de información (CSJ SL1689-2019).

La jurisprudencia de esta corporación ha estimado que las administradoras del régimen de pensiones desde su fundación estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, condiciones, acceso, riesgos, ventajas y desventajas de cada uno, así como los efectos y consecuencias del traslado. Tales obligaciones han sido desarrolladas por el ordenamiento jurídico y catalogadas por la jurisprudencia así: primera etapa: *«deber de información»;* segunda etapa: *«deber de información, asesoría y buen consejo»* y; tercera etapa: *«deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría».*

Lo anterior, conforme lo explicó la Sala en la providencia referida, se sintetiza así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (la Corte subraya)
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o

		recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En este caso, dado que el traslado de la actora del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad ocurrió en el año 2004, esto es, en la etapa en que su obligación se circunscribía al deber de suministrar información, en ese ámbito, la AFP Protección S.A. tenía la obligación de ilustrarla sobre las ventajas y desventajas, así como los efectos y consecuencias que acarrea el cambio de régimen, entre ellos, que perdería la transición, toda vez que contaba con 40 años para cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (30 de junio de 1995), dado que nació el 23 de octubre de 1954.

Sobre las implicaciones del deber de suministrar información necesaria y transparente, la Sala explicó:

> **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**
>
> [...]
>
> 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.° 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».
[...]
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) (CSJ SL SL1688-2019; subrayado fuera del texto)

Bajo los anteriores lineamientos, es claro que la simple suscripción del formulario de afiliación a Protección S.A. el 2 de julio de 2004 y que en la casilla con la firma de la promotora del proceso aparezca en el formato preimpreso la leyenda «*hago constar que la selección del régimen de ahorro individual consolidado lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones, manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de pensiones y cesantías protección S.A. para que administre mis aportes pensionales [...]*», no es suficiente para dar por demostrado el cumplimiento de deber de información (f.° 85).

En efecto, sobre este tema en la decisión CSJ SL19447-2017 se 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 [...].

Así las cosas, la suscripción del formulario y la adhesión a una cláusula genérica no corresponde a la obligación que se echa de menos, esto es, brindarle la información veraz y suficiente, con la advertencia de las consecuencias del cambio de régimen pensional.

De otra parte, si bien la parte demandante aceptó en la apelación lo dicho por el fallador de primer grado en punto a que en enero y febrero de 2004 la AFP realizó una proyección de la mesada que le correspondería en el régimen de ahorro individual (f.° 48 a 51), lo cierto es que ello no acredita el cumplimiento del deber de información por dos razones:

La primera, porque en las dos liquidaciones que le presentaron a la actora se omitió indicar que el traslado implicaría la pérdida del régimen de transición y, por ende, informarle la incidencia del cambio en sus condiciones

pensionales, y la segunda, porque los cálculos efectuados por la AFP el 28 de enero de 2004 le mostraron a la convocante que, supuestamente, le era más favorable pertenecer al RAIS.

En efecto, en la liquidación efectuada en la fecha mencionada se indica como edad de pensión en el régimen de prima media «*59.8*» años, un IBL de «*64.1%*» y una mesada de «*$641.034*», mientras que Protección la pensionaría con la misma edad en cuantía superior «*$672.402*» y con una tasa de reemplazo más alta *(«67.4%»)* (f.° 48 y 49). Por su parte, el cálculo efectuado el 2 de febrero de 2004 le indicó que en el régimen de prima media le aplicarían una tasa de reemplazo del 64.1%, la que resulta inferior a la que en realidad le correspondía por ser beneficiaria del régimen de transición.

Por ende, la Sala encuentra que el *a quo* no acertó al estimar que era inaceptable que la accionante, luego de que le hubieran hecho los correspondientes cálculos de la prestación, se afiliara al fondo y, posteriormente, adujera que fue inducida en error. Se afirma lo anterior porque el juez pasó por alto que el deber de información implica que los datos suministrados sean veraces y, por ende, la AFP tenía la obligación de mostrarle la realidad de su perspectiva pensional, lo que le implicaba que, de permanecer en el ISS podría acceder a una pensión bajo el amparo del régimen de transición, que tendría una tasa de reemplazo del 75%, así como que se podría jubilar a una edad de 55 años, y no a los 59 años, como le indicó en la liquidación practicada enero de 2004.

Así las cosas, es claro que la administradora incumplió su deber, no solo porque no obra prueba que dé cuenta que le informó a la señora Bonilla Rey que su traslado a dicha AFP implicaría la pérdida del beneficio de transición, sino porque en el cálculo realizado en enero de 2004 le mostró que le era desfavorable seguir perteneciendo al ISS porque éste la pensionaría a una edad de 59 años, que no era correcta, y que ni siquiera era la aplicable con Ley 100 de 1993 – plena- y las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003 (57 años para las mujeres).

En consecuencia, es procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que conlleva 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*» (CSJ SL1689-2017) y, por tanto, indicar que no perdió los beneficios del régimen de transición.

iii) Del beneficio de la transición y el derecho pensional

La señora Bonilla Rey nació el 23 de octubre de 1954 por tanto, a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones contaba con 40 años de edad, lo que le permite ser beneficiaria del régimen de transición y, por ende, acceder a la pensión de jubilación oficial prevista en la Ley 33 de 1985,

precepto que sustentaba su expectativa pensional (f.° 20 y 21).

Tal norma dispone que:

> El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio

Al respecto, el día 23 de octubre de 2009 cumplió 55 años y al revisar la historia laboral y las certificaciones laborales aportadas, se constata que al 20 de octubre de 2020 – fecha de la certificación emitida por la Gobernación del Quindío- cuenta con un total de 10.916 días públicos laborados, esto es, más de 30 años de servicio oficial, tal y como se discrimina en el siguiente cuadro:

Entidad	Cotizó a	Extremos	Tiempo
Contraloría Departamental del Quindío	Caprequindio	16 de enero al 15 de julio de 1981 18 de julio de 1985 – 31 de diciembre de 1988	180 días 1244 días
Instituto Seccional de Salud de Quindío	NO	3 al 31 de diciembre de 1990 2 de enero - 28 de febrero de 1991 11 y 12 de abril de 1991 15 de abril - 22 de julio de 1991 17 de octubre - 11 de noviembre de 1991. 3 al 30 de diciembre de 1991 2 de enero - 30 de abril de 1992 (f.° 115 cuaderno de la Corte)	29 días 57 días 2 días 98 días 25 días 28 días 119 días

Gobernación del Quindío	Caprequindio	5 de mayo de 1992 – 12 julio de 1995 (f.°25 y 97 cuaderno de la Corte)	1148 días
Gobernación del Quindío	ISS	13 julio de 1995 – 15 diciembre 2001 (f.° 35; 97 y 99 cuaderno de la Corte)	2313 días
Gobernación del Quindío	Protección	18 de enero de 2005 – 20 de octubre de 2020 -fecha de certificación- (f.° 35, 105, 129 y ss. del cuaderno de la Corte)	5673 días
TOTAL TIEMPO PÚBLICO LABORADO (al 20 de octubre de 2020)			**10.916 días**

De acuerdo con lo anterior, se observa que la accionante causó el derecho pensional el 25 de junio de 2010, fecha en que completó 20 años de servicio público y contaba con más de 55 años de edad.

Es necesario precisar, así mismo, que la prestación se reconocerá a partir del retiro del servicio, como quiera que para el momento de interposición de la demanda inaugural la actora informó que tenía un vínculo vigente con el Departamento del Quindío y, según la información remitida en cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de casación, por lo menos, hasta el 20 de octubre de 2020, el nexo con dicha entidad territorial estaba vigente.

iv) De la entidad obligada al reconocimiento de la prestación:

Pese a que el ISS en los argumentos de defensa expuestos al comparecer al proceso nada dijo sobre el particular en punto a que no fuera la llamada a responder por la prestación de jubilación contemplada en la Ley 33 de

1985, la Corte estima pertinente aclarar que a la luz de lo previsto en los artículos 5 y 6 del Decreto 813 de 1994 y 5 del Decreto 1068 de 1995 es la entidad encargada de reconocerla.

En efecto, el artículo 6 del Decreto 813 de 1994 dispuso:

> Artículo 6°. Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos. Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas:
>
> a) Cuando a 1° de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 años o más, continuos o discontinuos, de servicios al Estado, cualquiera sea su edad, o cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.
>
> Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:
>
> i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales.
>
> ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el servidor público, y
>
> iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público con anterioridad al 1° de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida;
>
> b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional, calculado en la forma como lo determine el Gobierno Nacional (la Sala subraya).

Por su parte, el artículo 5 del Decreto 1068 de 1995, norma que, entre otros, reglamentó la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en los niveles departamental, municipal y distrital, dispuso:

> **Artículo 5º.-** *Efectos de la afiliación.* Para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, la afiliación surtirá efectos a partir del primer día del mes siguiente al del diligenciamiento del respectivo formulario.
>
> Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente.
>
> La entidad administradora de pensiones donde se encuentre afiliado el servidor público de los entes territoriales, efectuará el reconocimiento y pago de la pensión de vejez o de jubilación, una vez le sea entregado el respectivo bono pensional. (la Sala subraya).

La Corte, al interpretar tales disposiciones, ha estimado que tratándose de servidores públicos cotizantes al ISS desde antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993, la prestación de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985 le corresponde reconocerla y pagarla al último empleador, pero si la vinculación del trabajador al ISS ocurre al momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993 o con posterioridad - tal y como ocurrió en el *sub lite*-, se aplica el artículo 5 del Decreto 1068 de 1995 y en tal evento la pensión queda a cargo del ISS.

La Sala así lo reiteró en providencia CSJ SL1453-2015, la que destacó lo dicho en sentencia CSJ SL, 16 de sep. 2008, rad. 33218, al precisar:

> El objeto de la controversia planteada se circunscribe, tal como lo registra el Tribunal y lo anota el recurrente, a determinar, en los términos de la Ley 33 de 1985, a quién le corresponde asumir la pensión de jubilación que reclama el accionante, al ISS o al empleador público (municipio de Marinilla).
> [...]
> El artículo 45 del Decreto 1748 de 1995 señala que "Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el artículo 5° del Decreto 813 de 1994" y el mencionado artículo 5° del Decreto 813 de 1994, modificado por el 2° del Decreto 1160 de 1994 estableció las reglas para efectos de la aplicación del régimen de transición, indicando que cuando el trabajador cumpla los requisitos del régimen que se le venía aplicando "tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador", y que éste "continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez", evento en el cual únicamente estará a cargo del empleador el mayor valor, si lo hubiera.
>
> **El análisis de las normas referenciadas llevó a la Sala, al estudiar un caso similar, a precisar que en el evento en que el servidor oficial fue afiliado al ISS, antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, la pensión se rige por lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, estando a cargo del empleador la respectiva prestación, con la obligación de seguir cotizando hasta cuando el ISS le reconozca la de vejez, correspondiéndole al empleador el mayor valor, si se llegare a presentar. Contrario sensu, si la vinculación del trabajador al ISS ocurre al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 o con posterioridad, se aplica el artículo 50** (sic) **del Decreto 1068 de 1995 y en tal evento la pensión puede quedar a cargo del ISS, previo cumplimiento de las exigencias a que alude el Decreto 2427 de 2000.** Así lo expresó esta Corporación en la sentencia que cita la censura, del 15 de agosto de 2006, radicación 29210 [...] (negrillas del texto).

En tal sentido, tratándose de los servidores públicos territoriales, una vez entrado en vigencia el sistema general de pensiones - día de la incorporación efectuado por su empleador, o a más tardar el 30 de junio de 1995-, si la afiliación que realiza se hace al ISS, es a esta entidad a la que le corresponde cumplir las prestaciones que se causen a

partir de aquel momento, siempre y cuando le sea entregado el correspondiente bono. En efecto, así lo explicó:

> Las primeras reglas reglamentarias de la Ley 100 de 1993, el artículo 6 del Decreto 813 de 1994, determinó la responsabilidad del Instituto de Seguros Sociales de asumir el pago de las obligaciones pensionales de los servidores públicos básicamente por defecto de caja, fondo o entidad de previsión social, ora por ausencia de afiliación a ellas antes de la vigencia del sistema de seguridad social, o por su desaparecimiento por obra de su liquidación, ya fuere antes o después de la vigencia del sistema pensional.
>
> Pero también el ISS asume la responsabilidad de aquellos servidores públicos que la hubieren seleccionado como su administradora de pensiones pero circunstancia predicable sólo con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones. Esta responsabilidad la asume el ISS porque como lo dispone el Decreto 813 de 1994, el traslado del afiliado va acompañado de bono pensional.
>
> Los servidores públicos territoriales están sujetos a una preceptiva especial en cuanto a la fecha de vigencia del sistema general de pensiones, la del día de la incorporación efectuado por su empleador, o a más tardar el 30 de junio de 1995; y a partir de esta data, si su vinculación se hace al ISS, es a esta entidad a la que le corresponde cumplir la prestaciones que se causen a partir de aquel momento, con la restricción de que lo hacen en la medida de los aportes que le hayan realizado, *"una vez le sea entregado el respectivo bono pensional"* como reza el artículo 5 del Decreto 1068 de 1995.(CSJ SL, 20 feb. 2007, rad. 29120).

Así las cosas, en este caso, es el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, la administradora llamada a asumir la prestación, por lo que deberá efectuar los trámites correspondientes para obtener el pago de los bonos a que haya lugar, a efectos de financiar la pensión de jubilación, en caso de que las entidades obligadas aún no lo hubieren pagado.

v) De la liquidación de la prestación y el disfrute:

Dado que la convocante es beneficiaria de la transición, tiene derecho a obtener la prestación de la jubilación oficial bajo los requisitos de edad, tiempo y monto según la Ley 33 de 1985. Por su parte, el ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta que le faltaban más de 10 años para pensionarse, deberá liquidarse conforme a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior, toda vez que tiene más de 1.250 semanas cotizadas.

Asimismo, la tasa de reemplazo de la prestación corresponderá al 75% según lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, y su disfrute comenzará a partir de la fecha del retiro del servicio público.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 76 del Decreto 1848 de 1969, aplicable a la pensión oficial prevista en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, señala que la pensión de jubilación, una vez reconocida, se hace efectiva y debe pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio oficial, *hecho que debe demostrar el interesado* (CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 38027, CSJ SL 5504-2014 y CSJ SL8997-2016).

La exigencia de tal requisito para que el servidor público pueda disfrutar de la pensión de jubilación oficial ha sido requerida, entre otras, en la sentencia CSJ SL, 1 feb. 2011,

rad. 34685; reiterada posteriormente, en la CSJ SL, 21 feb. 2012 y en la CSJ SL, 24 abr. 2012, rad 49236.

Además, el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 prevé que no es viable percibir simultáneamente, ingresos a título de salario y pensión, sino que el funcionario que se encuentre ante esa disyuntiva debe optar por uno sólo de los derechos, en la medida en que debe prevalecer la racionalización del gasto público (CSJ SL 12296-2017). Por ende, si el empleado decide continuar con la vinculación laboral en el sector oficial, el disfrute de la pensión sólo procede a partir del momento en que se presenta el retiro definitivo del servicio (CSJ SL4413-2014 rad. 44825 reiterada en CSJ SL13181-2015 rad. 61760, CSJ SL20780-2017 y CSJ SL17358-2017).

Por tanto, la Corte advierte que la promotora del proceso como servidora pública, sólo puede entrar a disfrutar de la pensión de jubilación una vez acredite el retiro del servicio y no desde el momento en que se causó la prestación.

Se aclara que, pese a que la prestación no se cuantifique, ello no implica que la condena aquí impuesta carezca de concreción, pues se están determinando de manera clara y puntual las pautas correspondientes (CSJ SL SL472-2018), toda vez que no es posible calcular de manera exacta el valor de la pensión en cuanto no se demostró el retiro del servicio público y, la actora continuaba vinculada al Departamento del Quindío para el 20 de octubre de 2020 (f.° 129 del cuaderno de la Corte).

vi) De los perjuicios reclamados:

La parte actora no allegó prueba del daño ocasionado, por lo cual resulta improcedente una condena a título de perjuicios. Así lo ha considerado la Sala al analizar asuntos similares al presente (CSJ SL1688-2019).

Por ende, no se condenará por tal concepto.

vii) De las excepciones:

Con fundamento en lo anterior, se declararán no probadas. Se aclara que no ha operado el fenómeno de la prescripción, toda vez que la pensión es imprescriptible y las mesadas de la prestación aquí reconocida comenzarán a pagarse una vez efectuado el retiro del servicio público.

En conclusión, la Sala revocará el fallo de primer grado, para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación de la señora Luz Dary Bonilla Rey a Protección S.A. y, por ende, declarar que siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Asimismo, se condenará a Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la actora la pensión de jubilación oficial de la Ley 33 de 1985, a partir del retiro del servicio, liquidada con los parámetros ya indicados.

Además, se condenará a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones, el bono pensional- si lo hubiere-, la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así

como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros y comisiones con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas, por el periodo en que la accionante permaneció afiliada a esa administradora. Se le absolverá de los perjuicios reclamados.

Las costas de primer grado a cargo de la AFP Protección S.A. Sin costas en la alzada.

III. 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, actuando en sede de instancia, resuelve **REVOCAR** el fallo de primer grado y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** de la afiliación de **LUZ DARY BONILLA REY** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, el 2 de julio de 2004, 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 **LUZ DARY BONILLA REY** la pensión de jubilación oficial prevista en el artículo 1 de la Ley

33 de 1985, la cual se liquidará con los parámetros indicados en la parte motiva de esta providencia y será efectiva a partir del retiro del servicio público.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver a Colpensiones, el bono pensional -si lo hubiere-, la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros y comisiones con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas, por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esa administradora.

CUARTO: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** deberá efectuar los trámites correspondientes para obtener el pago de los bonos a que haya lugar, a efectos de financiar la pensión de jubilación, en caso de que aún no hubieran sido pagados.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** de los perjuicios reclamados.

SEXTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las accionadas.

SÉPTIMO: Las costas de primer grado a cargo de Colfondos S.A. Sin costas en la alzada.

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

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN

Con ausencia justificada

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral

EDICTO

La Secretaría Adjunta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

CÓDIGO ÚNICO DE IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO CUIP	**66001310500120120047 7-01**
RADICADO INTERNO:	**66776**
TIPO RECURSO:	**Extraordinario de Casación**
RECURRENTE:	LUZ DARY BONILLA REY
OPOSITOR:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S. A.
FECHA SENTENCIA:	09/12/2020
IDENTIFICACIÓN SENTENCIA:	SL5000-2020
DECISIÓN:	**SENTENCIA DE INSTANCIA- RESUELVE REVOCAR EL FALLO...**

El presente edicto se fija en un lugar visible de la Secretaría por un (1) día hábil, hoy 15/12/2020, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibídem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

FANNY VARGAS HERNÁNDEZ
Secretaria Adjunta

El presente edicto se desfija hoy 15/12/2020, a las 5:00 p.m.

FANNY VARGAS HERNÁNDEZ
Secretaria Adjunta

Secretaría Adjunta de la Sala de Casación Laboral

Corte Suprema de Justicia

CONSTANCIA DE EJECUTORIA

En la fecha 12/01/2021 y hora 5:00 p.m., queda ejecutoriada la providencia proferida el 9 de diciembre de 2020.

SECRETARIA