



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Primera de Decisión Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintiocho (28) de Abril dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001-31-05-008-2019-00558-01
Juzgado de primera instancia:	Octavo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Doneira Herrera Orozco
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Nulidad de traslado de régimen pensional y reconocimiento pensión de vejez-.
Sentencia escrita No.	100

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de la **demandante, de Colpensiones y Porvenir S.A.**, contra la sentencia No. 86 emitida el 28 de febrero de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare en su favor: **i) la nulidad del traslado** del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, se ordene el retorno de la demandante a Colpensiones, entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida; y se ordene a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones, todos los aportes efectuados por la demandante, junto con los rendimientos, asumiendo las diferencias a que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes. **ii)** Se ordene a Colpensiones a pagar a la demandante su pensión de vejez por reunir los requisitos mínimos para acceder a ella; y **iii)** el pago de costas y agencias en derecho (Fls. 79 a 113 – Archivo Cuaderno Primera Instancia).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

La entidad demandada, mediante escrito visible a folios 125 a 139, dio contestación a la demanda, la cual, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal, no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.)

2.2. Porvenir S.A.

A través de providencia del 12 de noviembre de 2019 (fl. 159), se le designó a la demandada curador ad litem, quien una vez notificada (Fl. 163) dio contestación a la demanda (Fl. 167 a 169, 179), la cual, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *a quo* dictó sentencia No. 86 del 28 de febrero de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado que la demandante Doneira Herrera Orozco hizo al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, a la sociedad Administradora Fondo de Pensiones y Cesantías – Porvenir SA, y, en consecuencia, esta entidad deberá devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo del traslado y

afiliación de la actora, como cotizaciones, sumas recibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexados y rendimientos. La demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. **Tercero**, condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a la señora Doneira Herrera Orozco previamente identificada, la pensión de vejez conforme al artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 2003, desde **el día siguiente en que realice su desafiliación al sistema pensional** con 13 mesadas al año, para efectos de hallar el monto pensional Colpensiones deberá dar aplicación a los artículos 21 y 34 de la ley 100 de 1993, conforme a las pautas brindadas en la parte motiva de la providencia, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. **Cuarto**, autorizar a Colpensiones a efectuar los correspondientes descuentos para la Seguridad Social en salud sobre las mesadas ordinarias que reconozca, conforme al artículo 143 de la ley 100 de 1993, artículo 42 del decreto 692 del 94. **Quinto**, costas a cargo de Porvenir SA por haber sido vencido en el juicio y a favor de la parte demandante. **Sexto**: Consultar la providencia conforme al artículo 69 del código procesal del trabajo y Seguridad Social.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que no desconoce que la señora Doneira Herrera Orozco se haya afiliado a Porvenir, no obstante, esta AFP no cumplió con la carga de la prueba que le incumbe, teniendo la obligación de demostrar dentro del proceso, que, al momento en que se ofreció la actora la posibilidad de trasladarse al régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, suministró toda la información completa y detallada de las consecuencias que su traslado traerían no sólo en el momento mismo de la afiliación, sino a futuro. Información, entre otras, sobre la distribución dentro del régimen de sus aportes, lo que iría a su cuenta, lo que se destinará a gastos administrativos, riesgo que existía al estar sujeto a los rendimientos y a las inversiones que la administradora deseara efectuar; y finalmente la proyección del monto de su pensión, no sólo en el régimen de ahorro individual, sino en el de prima media con prestación definida.

Indicó que no era evidente que se haya cumplido la obligación de suministrar la información suficiente durante la vinculación de la demandante, mucho menos probó que al cumplimiento de los 47 años de edad se le hubiera informado que estaba por vencerse el tiempo para tomar una decisión de

traslado del régimen. Agrega que los hechos esgrimidos en la contestación de la demanda de las accionadas no tienen sustento probatorio alguno, pues no se allegó por cuenta de Porvenir o de Colpensiones prueba alguna que diera cuenta de asesoría, siquiera mínima, al momento de la afiliación, que soporte los dichos de la contestación. Por lo que concluyó, no existe un hecho debidamente probado del cual se pueda tener certeza del hecho legalmente presumido, esto es, que la afiliación se dio de manera libre, espontánea y sin presiones.

Aclara que, si bien lo sentado en la solicitud de vinculación a Porvenir que aparece firmada por la demandante informa que fue libre, espontánea y sin presiones, ello no desdice la anterior conclusión, porque lo que se echa de menos es la falta de información clara. La decisión no tiene tal característica. Se optó sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña. Señaló entonces que era procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la demandante el 06 de marzo de 1996, entendiéndose, por tanto, que la actora siempre ha estado afiliada a Colpensiones.

En cuanto a la pensión que reclama, señaló que, de conformidad con las pruebas allegadas al expediente, así como de la normativa y la jurisprudencia aplicable, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, pues al haber nacido el 21 de febrero de 1962, para el 01 de abril del 1994, fecha de entrada en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones implementado por la ley 100 de 1993, contaba con 32 años de edad. De igual forma, tampoco reunía 15 años de cotizaciones para la citada fecha, que equivalen a 750 semanas, pues sólo acredita un total de 212.56 semanas de cotización.

Premisas que le permitieron aseverar que la actora debe de pensionarse bajo el sistema general de Seguridad Social en pensiones implementado por la ley 100 de 1993 artículo 33, modificado por el artículo 9º de la ley 797 del 2003, que exige, para acceder a la pensión de vejez, contar con 57 años de edad y, para el 2020, 1300 semanas cotizadas. Requisitos que consideró los reúne, pues al 21 de febrero del 2019 cumplió la referida edad y cuenta con 1586 semanas de cotización.

En consecuencia, aseveró tiene derecho a la pensión de vejez. Respecto a la fecha de causación, invocó el artículo 13 del decreto 758 de 1990, para sostener que era viable cuando demuestre su desafiliación al sistema, en un número de 13 mesadas pensionales, toda vez que el derecho se adquirió con posterioridad al 31 de julio del 2011, conforme al contenido del párrafo transitorio sexto del acto legislativo 01 del 2005. Conforme all artículo 21 de la ley 100 de 1993, se liquidará el ingreso base de liquidación con los últimos 10 años o con toda la vida laboral debidamente actualizado con el IPC certificado por el DANE, el más favorable. Para efectos de hallar la tasa de reemplazo, tendrá en cuenta el artículo 34 de la ley 100 de 1993. Autorizó a Colpensiones a efectuar los correspondientes descuentos para la seguridad social en salud sobre las mesadas ordinarias que reconozca conforme al artículo 143 de la ley 100 de 1993 y artículo 42 del decreto 692 de 1994.

Respecto a las excepciones propuestas por Colpensiones, consideró que no estaban llamadas a prosperar. No opera la prescripción en lo que atañe a la ineficacia del traslado del régimen y al derecho pensional.

4. Las apelaciones.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de la demandante, de Porvenir S.A., y Colpensiones, formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación del extremo activo.

Indic que la inconformidad radicaba solamente en la fecha de causación de la pensión de vejez fijada a partir de la calenda en que se desvincule del sistema de Seguridad Social de pensiones, considerando que la actora se ha visto obligada a continuar sus labores en razón a que depende de su salario únicamente, sin que pueda interrumpir la relación laboral con el ánimo de generar un retroactivo pensional. Solicitó se aplique el principio pro operario, reconociendo la pensión de vejez a partir del momento en que cumple el status pensional, a la luz de la Ley 797 de 2003.

4.2 Apelación de Porvenir S.A..

Pretende se revoque los numerales 1º, 2º y el 5º de la sentencia, apartándose de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación de la demandante, por considerar que no existen elementos que validen esa declaración, acorde con el artículo 271 de la ley 100 de 1993. Agregan que para el momento en que se suscribió el formulario de afiliación por parte de la demandante, no se les exigía a los fondos tener constancias escritas de las asesorías, pues las mismas se realizaban de manera verbal, por lo que consideró imposible traer por lo menos a los asesores que realizaron o dieron la información a los afiliados; exigencia que vino a surgir a partir de la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015.

Ahora, de acuerdo al tema de la proyección, adujo debe entenderse que Porvenir no podía realizar una proyección con un ingreso base de cotización para establecer la mesada pensional que podría devengar la actora cuando cumpliera los requisitos en el RAIS, por cuanto el mismo tendría variaciones en el tiempo que impediría establecer el monto de la mesada pensional definitiva. Agregó que el error en el que incurrió la demandante por el supuesto mal asesoramiento se relaciona con la naturaleza del régimen de ahorro individual que le otorgó algunos derechos diferentes a los que tenía si hubiese permanecido en el régimen de prima media. Ahora, por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, el error de derecho no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Expresó que, en lo concerniente al traslado de los gastos de administración, es claro que el porcentaje destinado a financiarlos no corresponden a una suma de dinero que haga falta de la cuenta de ahorro individual, ni que se encuentren encaminadas a solventar el reconocimiento de una prestación pensional, pues así se establece legalmente en estos casos en los que se efectúan los traslados del régimen, pues lo único que procedería sería el traslado de aportes y rendimientos. Aunado a lo anterior, indicó que, cualquier reclamación o discusión se encontraría sujeta al fenómeno de la prescripción.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, reiteró la solicitud de revocar las condenas impuestas.

4.2. Apelación Colpensiones.

Sustentó el trámite de alzada, bajo el argumento en que la señora Doneire Herrera cuenta a la fecha con más de 47 años de edad y, así mismo, para la época en la que solicitó su traslado al RAIS estaba en pleno derecho de hacer dicha solicitud, por lo cual, al aceptar que se realizara dicho traslado, Colpensiones actuó conforme a la ley, por lo que cuenta con plena validez. Agrega que no procede la nulidad, atendiendo el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Concluye que, para la fecha de solicitud del traslado, la aquí demandante contaba con la edad para solicitar dicho traslado, esto es, tener menos de 47 años y, por tanto, estaba obligado a acceder a esta solicitud. Por el contrario, de haberse negado, habría incurrido en una violación al derecho de la libre elección. Indica que no hay lugar a que se decrete la nulidad del traslado realizado inicialmente por la aquí demandante a un fondo privado, mucho menos habría lugar a que reconozca y asuma la pensión de vejez otorgada. Por todo lo anterior solicitó se revoque el fallo emitido.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020, se pronunciaron, así:

5.1.1. Parte demandante y Colpensiones:

Guardaron silencio dentro del término legal otorgado.

5.1.3. Porvenir S.A.:

Presentó alegatos mediante escrito visible a folios 3 a 11, archivo 05 PDF (cuaderno Tribunal)

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado por la *a quo* declarar la ineficacia del traslado que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿Es acertado ordenar que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones se traslade a Colpensiones todos los valores recibidos, rendimientos y gastos de administración?

1.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

1.4. ¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003?

1.5. De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿procede el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del momento en que se adquirió su status pensional, o desde el momento en el que medie la desafiliación al sistema?

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *a quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a Porvenir S.A. demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020, SL4811-2020 y SL4192-2021, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información al momento del traslado entre regímenes, por ser 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.

Igualmente se ha señalado 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).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la 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.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: “*el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente*” y que el acto de traslado: “*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*”.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que 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.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹, Porvenir S.A.², los formularios de afiliación y traslado de régimen pensional³, se desprende que, la accionante Doneira Herrera Orozco, ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, donde realizó cotizaciones del 19 de marzo de 1985 al 31 de marzo de 1996⁴.
- b. Se trasladó al RAIS en Porvenir, con fecha efectividad de abril de 1996⁵, de acuerdo a solicitud de vinculación de fecha 06 de marzo de 1996⁶.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de vinculación de la actora al RAIS, no se le brindó ninguna asesoría. Se omitió el deber de información que tienen para con los afiliados frente las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

2.3.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. expresó que no existió omisión por parte de esa AFP al momento de entregar a la actora toda la información que requería para tomar una decisión consiente y libre de toda coacción frente al traslado de régimen pensional del RPM al RAIS.

2.3.4. Para la Sala, el fondo privado demandado Porvenir S.A. no demostró que haya brindado a la demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de

¹ Archivo Expediente administrativo GRP-SCH-HL-66...11111315.PDF

² Archivo 1 Expediente PDF, Pág. 24 a 39

³ Archivo 1 Expediente PDF, Pág. .21.

⁴ Archivo Expediente administrativo GRP-SCH-HL-66...11111315.PDF

⁵ Ibidem pág. 26

⁶ Ibid. Pág. 21

transición, de ser beneficiario del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

Nótese, además, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En cuanto a las proyecciones del monto pensional, no se exigen valores exactos, pero sí aproximaciones que le permitan al afiliado considerar los beneficios o desventajas del traslado. Sobre esta temática la Sala de Casación laboral ha señalado: “las proyecciones sobre el monto de la pensión que resultan pertinentes realizar al momento del traslado para conocer las consecuencias del mismo, según las particulares circunstancias de cada afiliado, es parte fundamental del deber de información de las administradoras de pensiones, contrario a lo manifestado por el Tribunal cuando señaló que constituía una «simple especulación», dado que la actora contaba con una mera expectativa pensional, pues entre más elementos de juicio acompañen al afiliado en el cambio de régimen, más libre y voluntaria será su decisión,

requiriéndose de las administradoras ese acompañamiento técnico que como expertas deben prestar.” (SL043-2022)

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que se suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguro y las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, y SL4398 del veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), radicación 81342, en ésta última, además de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, la Alta Corporación dispuso que el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad debía

realizar la devolución con cargo a sus propios recursos de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración.

3.2.2. En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el **pago de las primas del seguro** de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852 y SL4398 del veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), radicación 81342).

3.2.3. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses, la mentada la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4435 de veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación n.º 85965, indicó: “Por otro lado, conforme lo expuesto en el fallo CSJ SL3199-2021, se modificará el primer proveído, en el sentido de precisar que Porvenir S. A. deberá devolver a Colpensiones, lo consignado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, los bonos pensionales y **sumas adicionales** con los rendimientos que hubiera causado, así como *«lo recaudado por concepto de comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que [aquella] permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*”. Por tanto, se aviene procedente el traslado de dicho concepto, entendiéndose por este concepto toda suma que se encuentre en la cuenta del afiliado.

4. Respuesta al tercer problema jurídico.

Frente al tercer problema jurídico, la respuesta a este interrogante es **negativa**. Como quiera que la declaratoria de ineficacia del traslado de

régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la prescripción no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible.

Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

5. Respuesta al cuarto y quinto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **positiva**. Y la respuesta al quinto interrogante es **negativa**. Luego de declararse la ineficacia del traslado, es viable que el juez de instancia, al constatar el cumplimiento de los requisitos mínimos proceda a otorgar la pensión de vejez por cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación, al resultar acertada la orden impartida a Colpensiones de reconocer y pagar a la demandante la prestación pensional, una vez acredite el retiro al sistema general de pensiones, y que sea liquidada en los términos del artículo 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

5.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

Parte esta Sala por señalar, que no le asiste razón a Colpensiones al afirmar que no es posible el reconocimiento de la prestación por cuanto no hay lugar a que dicho fondo de pensiones asuma el pago de dicha prestación económica.

Así, en cuanto al reconocimiento al derecho a la pensión de vejez, a cargo de Colpensiones, acierta la juez al determinar, que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, conlleva a que sea aquella administradora la obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez, por cuanto se encuentra acreditada que para el 21 de febrero de 2019 la demandante

Doneira Herrera Orozco reunió los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003. 57 años de edad, pues nació el 21 de febrero del año 1962⁷, y tiene más de 1586 semanas de cotización al sistema⁸, al advertirse que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, realizó **400** semanas de cotización entre el 19 de marzo de 1985 al 31 de marzo de 1996⁹ y a Porvenir S.A., acorde con la historia laboral, entre 06 de marzo de 1996 a abril de 2019¹⁰, efectuó **1.186 semanas de** aportes. Sumados reflejan un total de **1.586**. Presupuestos exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para causar la prestación.

Sin embargo, tal como lo advirtiera la *a quo*, en los términos del artículo 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, al cual se acude por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, no es viable o exigible su disfrute, por cuanto continúa vinculada laboralmente. Está afiliada y sigue cotizando al sistema general de pensiones, acorde a los argumentos esbozados por el recurrente al momento de sustentar el trámite de alzada.

En sentencia SL2261-2021, emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en donde en un caso análogo, indicó:

*“En lo atinente a la modificación de los numerales 4 y 7 de la sentencia apelada, exclusivamente en cuanto al pago del **retroactivo pensional** y de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe precisarse que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, exigen la **desafiliación formal del sistema para acceder a la pensión de vejez.***

Además, cabe recordar que, ante situaciones particulares y excepcionales, se puede optar por soluciones diferentes y reconocer la pensión en fechas anteriores a las del retiro del sistema (CSJ SL5603-2016), sin embargo, las circunstancias fácticas que enarboló la accionante, no permiten acceder a sus pedimentos, pues,

⁷ Fl. 07 – Archivo 1 Expediente PDF.

⁸ Fl. 23 ibíd.

⁹ Archivo Expediente administrativo GRP-SCH-HL-66...11111315.PDF

¹⁰ Ibid. Pág. 23 a 39

Colpensiones no tenía la facultad de declarar la nulidad del traslado, que a la sazón, resultó el detonante para conceder el derecho pretendido en las condiciones del régimen de transición.

Por lo demás, las cotizaciones adicionales al 10 de agosto de 2012 eran, sin duda, importantes, si se tiene en cuenta que la accionante podía seguir cotizando para alcanzar una mayor tasa de reemplazo o incrementar el salario base de liquidación, por consiguiente, no procede el reconocimiento de los intereses reclamados...” (Resalta la Sala)

Así las cosas, resulta apropiada la orden impartida a Colpensiones, de reconocer y pagar a la demandante la prestación pensional, una vez acredite el retiro al sistema general de pensiones, y que sea liquidada en los términos del artículo 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

Sobre la falta de traslado del dinero para financiar la prestación, es importante recordar que una vez declarada la ineficacia del acto de traslado de régimen deben retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de su ocurrencia, lo que conlleva la reactivación de la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrada por el ISS hoy Colpensiones. Lo anterior, implica que la Administradora de Fondo de Pensiones del RAIS proceda de forma inmediata a la devolución de todos los dineros que figuren en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros que hubieren producido, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y el bono pensional, con efectos retroactivos. Recursos que deberán ser abonados en el fondo común que administra Colpensiones y utilizados para la financiación de la pensión de vejez a la demandante que le reconocerá la citada entidad administradora (CSJ SL2877-2020).

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., no se impondrá condena en costas de segunda instancia dado el fracaso de los recursos de apelación de las partes.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Con ausencia justificada.

Firma Digitalizada Para Actos
Judiciales



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)