



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-013-2018-00241-01
Juzgado de primera instancia:	Trece Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Gloria Zulma Arias Cardona
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia.
Sentencia escrita No.	227

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales del demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia No. 115 emitida el 17 de julio de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare en su favor: **i)** La nulidad absoluta del traslado efectuado al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. **ii)** como consecuencia de la nulidad del traslado, se ordene el retorno de la actora a

Colpensiones entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida. **iii)** Ordene a Porvenir S.A., traslade los aportes efectuados por la actora junto con sus respectivos rendimientos a Colpensiones y asuma las diferencias a que haya lugar, derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes. **iv)** Condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la señora Gloria Zulma Arias Cardona, a partir de la solicitud de la pensión de vejez, esto es, desde el 21 de marzo de 2018, acorde a lo establecido en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003. **v)** Al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre las sumas de dinero objeto del capital de la pensión de vejez, desde el día en que se adquiere su derecho pensional a la fecha de su pago. **vi)** al pago de costas y agencias en derecho, así como a la aplicación de los principios ultra y extra petita. (Fls. 5 a 37 –Archivo 1Expediente.PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 139 a 155 Archivo 01.PDF 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.

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 209 a 241 Archivo Contestación Porvenir.PDF. 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. El *A quo* dictó sentencia No. 115 emitida el 17 de julio de 2020. En su parte resolutive, decidió: “**Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS de la señora Gloria Zulma Arias Cardona a través de Porvenir SA. **Tercero**, condenar a Porvenir SA trasladar a Colpensiones los recursos

*de la cuenta de ahorro individual de la señora Gloria Zulma Arias Cardona con sus rendimientos. **Cuarto**, ordenar a Colpensiones recibir de Porvenir SA los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante Gloria Zulma Arias Cardona, contabilizarlo sin solución de continuidad, como semanas cotizadas en el fondo común. **Quinto**, declarar que la señora Gloria Zulma Arias Cardona consolida la pensión de vejez en el régimen de prima media, con prestación definida al satisfacer los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a cargo de Colpensiones, teniendo derecho a la liquidación de la prestación económica con aplicación del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, entre ellos la adición de 1.5 en su porcentaje o tasa de reemplazo por cada grupo de 50 semanas que supere las 1300 en el total que se logre acreditar, teniendo derecho al disfrute de la prestación económica a partir del día siguiente en que cesen sus aportes al régimen pensional. **Sexto**, se absuelve a las demandadas de las demás prestaciones de la acción incoada en su contra por la señora Gloria Zulma Arias Cardona, en especial los intereses de mora al no causarse los mismos, respecto de la consolidación del derecho... **Séptimo**, condenar en costas a Colpensiones. **Octavo**, consúltese la sentencia ante el Superior.”*

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP tiene la obligación de suministrar información objetiva sobre regímenes, pues la falta de ello genera un engaño, por tal motivo, la carga de la prueba se traslada de la demandante al fondo privado. Éste debe probar que efectivamente brindó la información en los términos indicados por la norma y la jurisprudencia.

Señaló que cuando no existe prueba, la consecuencia es la ineficacia del acto jurídico del traslado generando que las cosas vuelvan a su estado inicial. Advirtió que con el solo formulario no demuestra el haber suministrado información suficiente a la afiliada al momento del traslado. Por tanto, y dado que no se probó el deber de información, debe declararse la ineficacia del traslado. Reiteró que, de las pruebas allegadas al plenario existen suficientes argumentos de hecho y derecho para declarar la ineficacia del traslado que realizó la demandante. Ordenó por tanto a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero ahorrado en su cuenta de ahorro individual y rendimientos financieros.

Frente al derecho del reconocimiento de la pensión de vejez, arguye que sumado el tiempo aportado al Régimen Individual con Solidaridad, se acreditaban 927 semanas cotizadas, más las 732 semanas, la actora cuenta con 1659 semanas. Cotizaciones que enuncia, superan las 1300 que se requieren en el régimen actual en la ley 797 de 2003. Concluye que se consolida por la demandante el requisito de semanas, para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida a cargo de Colpensiones. Encontró que, al momento de la contestación de la demanda en el año 2019 por Porvenir S.A., aún la actora se encontraba aportando al sistema, por lo que adujo que su reconocimiento operaría una vez se diera el retiro del sistema. Negó el reconocimiento de intereses moratorios, pues no se han causado las mesadas pensionales.

Declaró no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo. Agregó que la ineficacia del traslado frente a la solicitud de un acto jurídico y el reconocimiento de la pensión de vejez, no tienen vocación de prescripción por la condición de irrenunciabilidad de la seguridad social.

4. Las apelaciones.

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

4.1. Apelación de la actora.

4.1.1 Presentó recurso de apelación sólo respecto del numeral quinto de la sentencia. Apoya su censura en que la demandante presentó solicitud ante Colpensiones de ineficacia y reconocimiento de la pensión de vejez desde el 21 de marzo de 2018, cuando ya reunía los requisitos mínimos. Evento que considera, se debe predicar el retiro tácito del sistema, por contar para esa calenda con los requisitos cumplidos.

4.1.2. Considera que, se indujo en error a la actora de seguir cotizando, al no haberse emitido decisión de fondo por parte de Colpensiones. En consecuencia, pide se le otorgue la pensión de vejez a partir del 21 de marzo de 2018.

4.2. Apelación de Porvenir S.A.

4.2.1. Manifiesta que, obró conforme al marco legal del deber de información que le era exigible para la época de afiliación. Que se le brindó asesoría a la demandante sobre las condiciones, beneficios, características y limitaciones de ambos regímenes. De esta manera, la actora hizo uso del derecho de afiliarse al RAIS de manera libre y voluntaria. Precisa que no se le puede exigir información que surge de manera posterior a la afiliación.

4.2.2. Agregó que, el deber de información es de doble vía. También existe una obligación en cabeza de la afiliada de concurrir suficientemente informada al acto de afiliación. Además, solo manifiesta disconformidad, basándose en el aspecto económico de su mesada pensional, por una diferencia aritmética. Por tal motivo, dicha afiliación es válida y surte plenos efectos. Dice que la actora, conforme a los actos de relacionamiento permite presuponer que los afiliados conocen las características y condiciones de las prestaciones que se regulan en los regímenes pensionales, y por otro infieren una voluntad de permanecer en el RAIS.

4.2.3. Finalmente, aduce que no es procedente la devolución de los **dineros de la cuenta y los rendimientos**. La ineficacia comporta que debe retrotraerse los efectos del traslado al mismo momento en que se efectuó. En ese escenario la AFP nunca tuvo la administración de los recursos de la cuenta de ahorro de la demandante.

4.3 Apelación la parte demandada – Colpensiones

4.3.1 Plantea recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por la Juez de Primer Grado. Señaló que la afiliación de la parte actora se ejecutó con la normatividad vigente para la época, y que la demandante expresó su consentimiento voluntario de pertenecer al régimen al que pertenecen hoy, decisión en la que Colpensiones no tuvo injerencia, la demandante tampoco, en todo este tiempo, ha hecho uso del derecho de retracto que tenían al RAIS. Resalta que, para la época de la afiliación de la demandante, no existía la

obligación de información en los términos que hoy se conoce, por lo tanto, no es dable endilgar vicios en el consentimiento.

Por lo anterior, pide se revoque la sentencia de primer grado, toda vez que afecta la sostenibilidad financiera y pone en peligro el derecho a la seguridad social de otros afiliados. En caso, que no se acceda a lo indicado, **solicita se adicione los valores que debe devolver el fondo privado incluyendo los gastos de administración, atendiendo el equilibrio financiero del sistema.** Agrega, que se aporta de los argumentos de la apelación de la actora, y apoya la posición del *a quo*, al considerar que no es viable otorgar la pensión de vejez, a quien continúa realizando aportes al sistema.

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 convertido en legislación permanente mediante la ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

5.1.1. Parte demandante, Colpensiones y Porvenir S.A.

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 2 A 4, archivo 05 PDF y Porvenir S.A., también lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 8, archivo 06 PDF (cuaderno Tribunal). La parte actora guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

1.3. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones y los rendimientos, incluya los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados?

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

1.5. ¿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? De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿operó la prescripción de las mesadas pensionales? y de ser así: ¿Procede la condena por retroactivo pensional desde que se elevó la solicitud por la demandante, o a partir de que cesan los aportes al sistema?

2. Respuesta a los interrogantes planteados.

2.1 ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad? y ¿la declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva** y al **segundo** interrogante es **negativa**. Fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a los fondos privados 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, 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.

2.1.1 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 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación

al sistema de Porvenir 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; 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.

2.1.2. Caso en concreto.

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹, Porvenir S.A.², el formulario de afiliación³, y del historial de vinculaciones de Asofondos⁴, se desprende que, la accionante Gloria Zulma Arias Cardona, 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, del 30 de enero de 1979 al 31 de marzo de 1999⁵.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, la actora se trasladó del régimen a Colpatria hoy Porvenir S.A., el día 16 de febrero de 1999 y con efectividad a partir del 01 de abril de 1999. Fondo pensional al cual se encuentra a la fecha vinculado.

En la demanda se argumenta que, en el acto de vinculación de la actora al RAIS, estuvo mediada de error, y que por ello, éste se encuentra viciado de nulidad, al no informarle de manera completa, comprensible y a la medida: 1) sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría en el de prima media, 2) la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación y de retornar al régimen de prima media, Y 3) por no habersele hecho entrega física del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento, tal como se ordena en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.

Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró haber 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

¹ Pág. 43 a 51 Archivo 1Expediente. PDF

² Pág. 53 a 77 y 267 a 307 Archivo 1Expediente. PDF

³ Pág. 41 y 247 Archivo 1Expediente. PDF

⁴ Págs. 243 a 244 Archivo 1Expediente. PDF

⁵ Pág. 43 Archivo 1Expediente. PDF

consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos 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 debían suministrar las 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.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que la actora se mantuvo varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, per se, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente a la demandante. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones.

Frente al argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, 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 (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*. Por lo tanto, se despachará de manera desfavorable los argumentos de Porvenir S.A.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

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).

También se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Porvenir S.A. a que el deber de información es de doble vía. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al afiliado. Frente a este último tópico, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente fallo SL2937-2021 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86029, coligió:

“1. ¿Corresponde al afiliado solicitar información acerca de las características de los regímenes pensionales?

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que desde su fundación, las AFP 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.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto 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.

En ese contexto, encuentra la Sala que el Tribunal incurrió en el yerro que le endilga la censura, toda vez que le impuso la carga de pedir asesoría, pese a que, se itera, desde la creación del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones se concibió en cabeza de las AFP el deber de ilustrar en forma clara, precisa y oportuna a sus potenciales afiliados, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas”.

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 las AFP 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 sostenido 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 consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia de los traslados, al no haberse demostrado que se suministró a la parte demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones y los rendimientos, incluya los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados?

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar además de los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones con sus rendimientos financieros, también debe devolver a los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Por lo tanto, se deberá adicionar la sentencia en este sentido.

2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

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 los fondos privados, asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que Porvenir S.A. reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la parte afiliada estuvo vinculada a cada uno de los fondos privados del RAIS, en providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: *“...la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, **las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**”*. Así las cosas, se acoge el argumento esbozado por Colpensiones y por lo mismo, se adicionará la decisión atacada.

Finalmente, deviene procedente ordenar la devolución del **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, por cuanto el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021). Asimismo, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021.

La jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada. Al respecto, se señaló en sentencia SL3199-2021 lo siguiente:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, **la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.***

En consecuencia, se deberá adicionar la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones además de las cotizaciones, rendimientos financieros, los gastos de administración, también las primas de seguros previsionales y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y con cargo a su propio recurso. Por lo tanto, se deberá adicionar la sentencia en este sentido.

2.3 ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del

traslado de régimen?

La respuesta a este interrogante es negativa. Frente a 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.

2.4. ¿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? De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿operó la prescripción de las mesadas pensionales? y de ser así: ¿Procede la condena por retroactivo pensional desde que se elevó la solicitud por la demandante, o a partir de que cesan los aportes al sistema?

La respuesta este interrogante es **positiva**. Lo anterior, por cuanto se encontró que 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. En ese sentido se confirmará el fallo emitido en primer grado, pues Colpensiones debe reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, una vez acredite el retiro al sistema general de pensiones. Prestación que deberá ser liquidada en los términos del artículo 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

2.4.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

En cuanto al reconocimiento al derecho a la pensión de vejez, a cargo de Colpensiones, acierta la juez al determinar que una vez se acredite el retiro del sistema, es viable que dicho fondo pensional proceda al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por superar los requisitos mínimos que exige la normativa aplicable al caso.

La demandante Gloria Zulma Arias Cardona, reunió los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003. De un lado, para el año 2017 cumplió con 57 años de edad, pues su nacimiento tuvo lugar el 28 de noviembre de 1960⁶. De otro lado, tiene acreditadas más de 1.659 semanas de cotización a octubre de 2020⁷. En efecto, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM administrado por el ISS, hoy Colpensiones, realizó **732** semanas de cotización; y en el régimen de ahorro individual con solidaridad **927**, -sumadas da un total de **1.659** semanas- como se advierte de la historia laboral consolidada emitida por Porvenir S.A. a 28 de noviembre de 2020⁸.

Sin embargo, a diferencia de lo pretendido por el extremo activo, 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 como para el momento en que Porvenir S.A. dio contestación a la demanda, acorde a la relación histórica de movimientos en dicho fondo pensional, para **septiembre de 2019** aún se encontraba la actora cotizando a través de su empleador la Fundación Hispanoamericana Santiago de Cali y la demanda se radicó el **10 de mayo de 2018**⁹.

Así las cosas, acorde al material probatorio antes enunciado y bajo la normativa aplicable, advierte la Sala que era pertinente, como lo concluyó el *a quo*, impartir a Colpensiones la orden de reconocer y pagar a la demandante la prestación pensional, una vez demuestre el retiro del Sistema General de Pensiones, y que ésta sea liquidada en los términos de los artículos 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada. (CSJ SL779-2022). Lo anterior, por no haber operado la desafiliación o cesación definitiva de las cotizaciones al sistema de pensiones por parte de la actora, aún al momento de efectuarse la contestación por parte de Porvenir S.A..

⁶ Fl. 39 – Archivo 1 PDF.

⁷ Pág. 249 Archivo 1 Expediente.PDF

⁸ Pág. 249 Archivo 1 Expediente.PDF

⁹ Pág. 119 *ibid*.

Debe esta Corporación acudir a la 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, **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)

Por tanto, se confirmará la decisión de primer grado, en el sentido de ordenarle a Colpensiones a 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, sin que sea viable el cálculo de IBL alguno ni la tasa de reemplazo a aplicar.

Finalmente, 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).

3. Costas.

Al haber prosperado de forma parcial la censura invocada por Colpensiones, en lo que atañe a la adición de la sentencia en la condena por los gastos de administración, no le será impuesta condena alguna.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia en contra de Porvenir S.A. y del extremo activo, ante el fracaso del trámite de alzada.

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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **Porvenir S.A.** a trasladar a Colpensiones los valores de gastos de administración, las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de

Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados, por el tiempo que permaneció afiliada la parte demandante en ese fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Porvenir y a favor de la parte demandante. De igual forma condenar en costas a la parte actora a favor de Colpensiones. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

Firma digitalizada para
Acto Judicial


YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
ACLARO VOTO