



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-003-2019-00674-01
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Jorge Pablo Mira Correa
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Skandia S.A.. - Ministerio Público
Asunto:	Adiciona, modifica y confirma sentencia – Ineficacia del traslado de régimen pensional-.
Sentencia escrita No.	255

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales del demandante y Colpensiones, contra la sentencia No. 312 emitida el 19 de noviembre de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare en su favor de forma **principal**:

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. y luego a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. **ii)** como consecuencia de la unidad del traslado, se ordene el retorno del actor a Colpensiones entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida. **iii)** Ordene a Skandia S.A., trasladen los aportes efectuados por el actor 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 Jorge Pablo Mira Correa, a partir del cumplimiento de los requisitos legales, esto es, desde el 19 de septiembre de 2019. **v)** Al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, junto con los intereses moratorios desde el 24 de febrero de 2020. **vi)** al pago de costas y agencias en derecho, así como a la aplicación de los principios ultra y extra petita. (Fls. 37 a 57 –Archivo 1Expediente.PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 192 a 198 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 107 a 131 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.).

2.3. Ministerio Público.

El Ministerio Público como sujeto procesal especial, intervino mediante escrito visible a folios 411 a 417 y 505 a 512 Archivo 01 Expediente.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.).

2.4. Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías.

Mediante providencia de fecha 10 de noviembre de 2020 (Pág. 513 a 514), la *a quo* tuvo por no contestada la demanda por parte de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *a quo* dictó sentencia No. 312 emitida el 19 de noviembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: “**Primero**, declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. y posterior traslado entre fondos realizado a Skandia S.A., último al que se encuentra afiliado. **Segundo**, como consecuencia de lo anterior, se ordena a Skandia S.A., trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de Jorge Pablo Mira Correa, al régimen de prima media administrado por Colpensiones. **Tercero**, Ordenar a Colpensiones proceda a aceptar el traslado de Jorge Pablo Mira Correa, del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros. **Cuarto**, ordenar a Colpensiones que una vez reciba los ahorros y recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante Jorge Pablo Mira Correa, proceda a realizar la actualización de su historia laboral, efectúe el estudio pensional, y a su reconocimiento, si a ello hubiera lugar, para lo cual se le otorga un término de 4 meses contados a partir del traslado de los recursos. **Quinto**, condenar en costas a la parte vencida en juicio. Absuelve a Colpensiones de este rubro. **Sexto**, 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 del

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 al afiliado 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 el demandante. Ordenó por tanto a Skandia S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero ahorrado en su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros y gastos de administración.

Adujo que la ineficacia del traslado frente a la solicitud de un acto jurídico no tiene vocación de prescripción por la condición de irrenunciabilidad de la seguridad social.

Finalmente ordenó a Colpensiones que una vez reciba por parte de la AFP Skandia S.A. todos los ahorros, recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, proceda a realizar el estudio pensional y a su *reconocimiento si a ello hubiere lugar, previa actualización de la historia laboral.*

4. Las apelaciones.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales del demandante y de Colpensiones, formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación del actor.

Presentó recurso de apelación sólo respecto del numeral cuarto de la sentencia. Apoya su censura en que el demandante presentó solicitud ante Colpensiones de ineficacia y reconocimiento de la pensión de vejez desde el 19 de septiembre de 2019. Evento que considera, se debe predicar el retiro tácito del sistema, por contar para esa calenda con los requisitos cumplidos.

Considera que, se indujo en error al actor 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 19 de septiembre de 2019. Lo anterior, por cuanto la a quo omitió decidir las pretensiones concernientes al reconocimiento y pago de dicha prestación económica.

4.2. Apelación la parte demandada – Colpensiones

Plantea recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por la Juez de Primer Grado. Enuncia que la afiliación al fondo privado por parte del demandante se realizó en ejercicio legítimo a la libre escogencia del fondo de pensiones, de conformidad con el artículo 13 literal b) de la ley 100 de 1993.

Premisas que le permite concluir, que no hay lugar a predicarse la existencia de un error por vicios en el consentimiento. Por lo tanto, no existen razones fácticas y jurídicas para que Colpensiones considere afiliado a quien en la actualidad se encuentran en otro fondo de pensiones.

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, Porvenir S.A. y Skandia S.A.

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 3, archivo 04 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron 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 del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿Es acertado ordenar a Skandia 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? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. el traslado de los gastos de administración, los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio por el tiempo de afiliación de la parte actora, indexados?

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

1.4. ¿Tiene derecho el 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 adquirió el actor su status pensional, o desde 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 del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

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 Skandia S.A. y Porvenir S.A., demostrar que la afiliación del 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.

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, Old Mutual³, los formularios de afiliación⁴, bono pensional⁵ y del historial de vinculaciones de Asofondos⁶, se desprende que, el accionante Jorge Pablo Mira Correa, 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 31 de julio de 1984 al 30 de abril de 1995⁷.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el actor se trasladó del régimen a Porvenir el 28 de marzo de 1995 y con fecha efectividad del 01 de abril de 1995. Operó a partir del 01 de mayo de 2002, el traslado a Horizonte y hasta el 30 de junio de 2004. Posteriormente se dio el traslado de Horizonte Hoy Porvenir a Skandia el 18 de mayo de 2004 con fecha de efectividad el 01 de julio de 2007, la cual operó al 30 de noviembre de 2007. Fondo pensional al cual se encuentra a la fecha vinculado.

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	AFP destino	AFP origen	Fecha inicio efectividad	Fecha fin efectividad
Traslado regimen	1995-03-28	PORVENIR	COLPENSIONES	1995-04-01	2002-04-30
Traslado fondo	2002-03-25	HORIZONTE	PORVENIR	2002-05-01	2004-06-30
Traslado fondo	2004-05-18	SKANDIA	HORIZONTE	2004-07-01	2007-11-30
Traslado fondo	2007-10-08	SKANDIA F. A.	SKANDIA	2007-12-01	

En la demanda se argumenta que, en el acto de vinculación del actor 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

¹ Pág. 6 a 8, 199 a 203, 403 Archivo 1Expediente. PDF

² Pág. 21 a 23, 170 a 173, 460 a 462 Archivo 1Expediente. PDF

³ Pág. 468 a 475 Archivo 1 Expediente.PDF

⁴ Pág. 4, 169, 227, 443, Archivo 1Expediente. PDF

⁵ Pág. 29 a 36 Archivo 1Expediente. PDF

⁶ Pág. 101 a 105, 165 a 167 Archivo 1Expediente. PDF

⁷ Pág. 6 a 8, 199 a 203 Archivo 1Expediente. PDF

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, los fondos privados no demostraron haber brindado, al 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 transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020). Y de las documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el 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).

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 Skandia 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? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. el traslado de los gastos de administración, los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio por el tiempo de afiliación de la parte actora, indexados?

La respuesta es **positiva**. Skandia 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. A Porvenir S.A. le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad. 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 los fondos privados demandados, reintegren 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**”. Por lo tanto, la sentencia apelada se encuentra ajustada a derecho.*

Frente a la devolución del bono pensional, la orden debe entenderse bajo la condición de que el demandante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario, se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento (SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros).

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 Skandia 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. A Porvenir S.A. le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad. 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 el 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 adquirió el actor su status pensional, o desde que cesó 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 debe modificar el fallo emitido en primer grado, pues Colpensiones debe reconocer y pagar al 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, no acierta la juez al determinar, que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, conlleva a que sea aquella administradora sólo estaba obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez, una vez se recibieran los ahorros y recursos de la cuenta de ahorro individual, por parte de la AFP Skandia.

El demandante Jorge Pablo Mira Correa, 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 2019 cumplió con 62 años de edad, pues su nacimiento tuvo lugar el 19 de septiembre de 1957⁸. De otro lado, tiene acreditadas más

⁸ FI. 03 – Archivo 1 PDF.

de 1.590 semanas de cotización al 30 de julio de 2019. En efecto, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM administrado por el ISS, hoy Colpensiones, realizó **512,14** semanas de cotización⁹; y en el régimen de ahorro individual con solidaridad **a julio de 2019**, un total de **1.088.57**, - sumadas da un total de **1.600.71** semanas- como se advierte de la historia laboral consolidada emitida por Old Mutual¹⁰.

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 lo enunció en el hecho 3º de la demanda¹¹, el demandante aún en **octubre de 2019** se encontraba cotizando, el reporte de cotizaciones que se allegó con la demanda se relaciona sólo a julio de 2019 y radicó la demanda **-29 de noviembre de 2019-**. Ahora, como Skandia no contestó la demanda, no se trajo para el plenario la consolidación final de semanas cotizadas de donde se pudiera establecer el momento exacto en que se dio el retiro definitivo del sistema.

Así las cosas, en la situación fáctica descrita y acreditada en el proceso, y bajo la normativa aplicable, advierte la Sala que es pertinente impartir a Colpensiones la orden de reconocer y pagar al 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 cuanto a la Sala le está vedado hacer suposiciones, al quedar de las situaciones fácticas ya enunciadas, una sensación completa de certidumbre respecto del momento en que operó la desafiliación o cesaron de forma definitiva las cotizaciones al sistema de pensiones por parte del actor.

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:

⁹ Pág. 199 Archivo 01 Expediente -PDF-

¹⁰ Pág. 468 a 475 Archivo 1 Expediente.PDF

¹¹ fl. 38 Archivo 01.

*“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)

Así las cosas, se debe entrar a modificar la decisión de primer grado, en el sentido de ordenarle a Colpensiones a reconocer y pagar al 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 del

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 al demandante que le reconocerá la citada entidad administradora (CSJ SL2877-2020).

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia en contra de Colpensiones, dado que fracasó el recurso de apelación elevado por esta entidad, y al haber prosperado de forma parcial la censura invocada por el actor.

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 **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **Skandia S.A.** y **Porvenir S.A.** a trasladar a Colpensiones los valores de 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 cada fondo.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal CUARTO de la parte resolutive de la sentencia proferida dentro del presente asunto, objeto de apelación y consulta, en el siguiente sentido:

CONDENAR A COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante Jorge Pablo Mira Correa, la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, la cual se hará efectiva a partir de la desafiliación al sistema general de pensiones en los términos del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, conforme a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. En los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

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

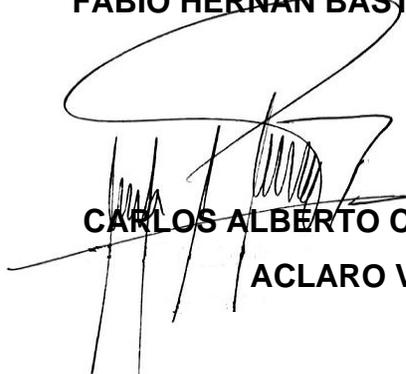
CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Colpensiones y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
ACLARO VOTO

Firma digitalizada para
Actos judiciales


Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO