



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-015-2019-00003-01
Juzgado de primera instancia:	Quince Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	María Teresa Mora Arango
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia del traslado de régimen pensional- y reconocimiento pensional.
Sentencia escrita No.	295

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia No. 94 emitida el 29 de abril de 2021. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda y su reforma.

Procura la demandante que se declare en su favor: *“i) la nulidad de la vinculación o primer traslado realizado por la actora al régimen de ahorro individual con*

solidaridad a Horizonte S.A. hoy Porvenir SA por tratarse de un contrato viciado de consentimiento. **I)** Como pretensión subsidiaria, se declare la rescisión del contrato de afiliación de la actora con Horizonte S.A. hoy sociedad. Porvenir SA. **ii)** la nulidad de la vinculación del traslado realizado a Colfondos SA por tratarse de un contrato viciado de consentimiento. **ii)** Como pretensión subsidiaria, se declare la rescisión del contrato de afiliación de la actora con Colfondos SA. **iii)** ordenar el traslado de la actora al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. **iv)** Ordenar a Colfondos traslade a Colpensiones la totalidad de aportes de las semanas cotizadas por la demandante. **v)** ordenar a Colpensiones recibir a la actora sin restricciones de su edad y reconozca y pague de la pensión de vejez. **vi)** subsidiariamente de la pretensión quinta pide que en caso de que la demandante reúna los requisitos de la pensión de vejez en el régimen de prima media, se condene a la entidad demandada al pago de los perjuicios causados, los cuales se tasarán en las mesadas que les corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida desde que se haya causado el derecho. **vii)** subsidiariamente la pretensión sexta solicita, se condene a Horizonte hoy Porvenir SA y a Colfondos S.A. a título de indemnización a pagar por los daños y perjuicios ocasionados a la demandante con ocasión de la debida asesoría brindada para el traslado y permanencia en el régimen de ahorro individual, perjuicios que se tasan de acuerdo a las mesadas que le corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida de acuerdo a lo establecido en la sentencia que ponga fin al proceso. **viii).** En subsidio la pretensión séptima se condene a Horizonte hoy Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante en el monto mensual en que habría sido reconocida en el régimen de prima media. **ix)** A la indexación de todos los valores reconocidos y al pago de intereses moratorios. **X)** Al pago de costas y agencias en derecho.” (Fls. 04 a 30 y 91 a 92 –Archivo 1Expediente.PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 100 a 105 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. Colfondos S.A.

La AFP demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 147 a 159 Archivo 1.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. Porvenir S.A..

La AFP Porvenir S.A. fue vinculada mediante auto de 24 de enero de 2020¹, en virtud de lo cual, intervino mediante escrito visible a folios 265 a 286 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.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *a quo* dictó sentencia No. 94 emitida el 29 de abril de 2021. En su parte resolutive, decidió: “**Primero**, declarar probada la excepción de existencia de la obligación propuesto por los demandados respecto a los perjuicios e intereses moratorios que reclaman. **Segundo**, declarar la nulidad o eficacia del traslado que la señora María Teresa Mora Arango suscribió el 28 de mayo de 1999 con fecha de efectividad el 01 de julio de 1999, desde el régimen de prima media administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual administrado por Horizonte hoy Porvenir SA. y el subsiguiente traslado a Colfondos el 25 de octubre de 2000. **Tercero**, condenar a Colfondos S.A. para que traslade a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, los rendimientos que hubieren causado y las cuotas de administración previstas en el artículo 13 literal q) artículo 20 de la ley 100 de 1993 esta última debidamente indexada. Igualmente, a Porvenir S.A. traslade a Colpensiones las cuotas de administración previstas en el artículo 13 literal q) artículo 20 de la ley 100 de 1993 esta última debidamente indexada. **Cuarto**, condenar a Colpensiones a afiliar válidamente a la demandante en el régimen de prima media. **Quinto**, declarar que la demandante es beneficiaria de la pensión de vejez bajo el régimen de transición causada el 18 de octubre de 2013, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. **Sexto**, condena a Colpensiones, a que una vez acredite la desafiliación al

¹ Pág. 150 a 151 Archivo 1 PDF.

*sistema y se dé cumplimiento del traslado ordenado en el numeral tercero, reconozca y pague a la demandante la pensión de vejez, teniendo en cuenta para su cálculo que el monto de la pensión deberá liquidarse con fundamento en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, con el promedio de cotizaciones efectuadas durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o de todo el tiempo si fuere superior y con el porcentaje previsto en el artículo 20 del acuerdo 049 de 1990. En caso de generarse retroactivo de pensión de vejez en favor de la demandante el mismo deberá ser indexado mes a mes hasta la fecha efectiva del pago. **Séptimo**, absolver a Colpensiones de los demás pedimentos de la acción. **Octavo**, se condena en costas a las demandadas. **Noveno**, ordena la consulta 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 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 la demandante. Ordenó por tanto a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por la demandante con sus correspondientes sumas adicionales con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, los rendimientos que hubieren causado y las cuotas de administración previstas en el artículo 13 literal q) artículo 20 de la ley 100 de 1993, debidamente indexada y durante la vigencia de la afiliación a la AFP del RAIS.

Finalmente, en lo que atañe al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, adujo que la demandante era beneficiaria del régimen de transición y por ende

con derecho a que se le estudie su derecho prestacional bajo el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990. Aduce que la demandante superó más de 1000 semanas de cotización y el requisito de la edad el 18 de octubre de 2013. Sin embargo, advirtió que la actora sigue cotizando al sistema, por lo que dispuso que la prestación económica debía operar luego de darse su retiro efectivo. En consecuencia ordenó a Colpensiones una vez se dé la desafiliación del sistema, realizar la liquidación de la pensión de vejez conforme al artículo 21 de la ley 100 de 1993 con el promedio de las cotizaciones efectuada durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo si fuera superior y de acuerdo al porcentaje previsto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, y en caso de generarse retroactivo pensional, indicó que debía ser indexado mes a mes hasta la fecha de su pago efectivo. Declaró probada la excepción de la existencia de la obligación frente a intereses y perjuicios por no haberse demostrado.

4. Las apelaciones.

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

4.1. Apelación la parte demandada –Colpensiones

Plantea recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Juez de Primer Grado. Aduce que el traslado cuenta con plena validez conforme al artículo 2 de la ley 797 del 2003 el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 al ser potestad exclusiva del afiliado. Agrega acorde a la fecha de admisión de la demanda de nulidad y/o ineficacia del traslado, que la actora ya contaba con 60 años, y por tanto, cumple el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, imposibilitándola para trasladarse de régimen.

Alega que, para el caso no se demostró que la demandante haya sido engañada, además, no ha manifestado ninguna inconformidad respecto a mantener en el régimen de ahorro individual con solidaridad afianzando la decisión de estar en ese régimen. Finalmente solicita sea revocada la condena en costas a Colpensiones, pues considera que las circunstancias en las que se dieron los traslados del régimen pensional, eran ajenas a la entidad,

y no se evidencia negligencia en su actuar, pues la negativa se ajustó a las previsiones legales.

4.2. Apelación de Porvenir S.A.

Presentó recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el Juez de Primer Grado. Razona que si bien es cierto la demandante alegó vicios del consentimiento para que se declarara la nulidad del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, su dicho quedó en una simple afirmación carente de sustento legal y por lo mismo, se deben despachar desfavorablemente. Agrega que los vicios enunciados en el líbello no fueron demostrados por ningún medio de prueba, acorde a lo establecido en el artículo 1508 del Código Civil. Porvenir S.A. insiste, en que no ha incurrido en ninguna de las conductas que den lugar al vicio aludido en la demanda, circunstancia que se evidencia con la suscripción del formulario de afiliación, el cual se dio de manera libre por la actora. Advierte que en dicho formulario se plasmó la constancia de toda la información necesaria para que decidiera voluntariamente su traslado RAIS. Refiere que la demandante dentro de la oportunidad legal no hizo uso del derecho de retracto y tampoco manifestó su deseo de retornar al régimen de prima media con prestación definida en los términos del artículo 1º del decreto 3800 del 2003.

Relata que las normas que se promulgaron sobre la viabilidad del traslado de régimen pensional vigentes para la fecha en que la parte actora efectuó el mismo, no les imponían a los fondos privados la obligación de brindar la asesoría correspondiente al monto de la pensión situación que se dio a partir de la expedición de la Ley 1740 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015. Advierte que la acción no versa sobre la adquisición o negación del derecho pensional como tal, sino que está encaminada a obtener la ineficacia de la afiliación al sistema pensional en uno de los regímenes, con el propósito de obtener un mayor valor de la mesada pensional, evento que permite predicar la prescripción.

De persistir la condena, pide se revoque lo concerniente a la orden de devolver los gastos de administración, pues conforme al decreto 3995 de 2018, para la

época de darse el traslado de régimen pensional no se imponía dicho concepto. Pretende sean declaradas probadas las excepciones propuestas.

Advierte, que como la consecuencia de declararse la nulidad de la afiliación es que todo vuelve a su estado original, por tanto pide que los rendimientos que se hayan generado a favor de la parte actora, deben compensarse con los gastos de administración impuestos a Porvenir.

Finalmente reclama sea revocada la condena en costas, pues su actuar se ajustó siempre a la ley y a la constitución.

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 Legislativo 806 del 4 de junio de 2020², convertido en legislación permanente mediante la Ley 2213 de 2022³, se pronunciaron, así:

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

Colfondos SA presentó alegatos mediante escrito visible a folio 3 a 4, archivo 04 PDF, Porvenir S.A., también lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 11, archivo 05 PDF y la demandante los presento con documento obrante a folios 1 a 6 archivo 06 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

² "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

³ Vigente a partir del 13 de junio de 2022

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. ¿Es acertado ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones, gastos de administración, los rendimientos, y bonos pensionales, incluya las 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 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. ¿Es idóneo declarar probada la excepción de compensación en los gastos de administración?

1.5. ¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición? 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 la actora su status pensional, o desde que cesan los aportes al sistema?

1.6. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.?

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?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión del

a quo de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a Colfondos 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, 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 Colpensiones⁴, Colfondos S.A.⁵, Porvenir S.A.⁶, los formularios de afiliación⁷, bono pensional⁸ y del historial de vinculaciones de Asofondos⁹, se desprende que, la accionante María Teresa Mora Arango, 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 02 de septiembre de 1980 al 29 de noviembre de 1993.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, la actora se trasladó del régimen a Horizonte hoy Porvenir el 29 de mayo de 1999 el cual se hizo efectivo el 01 de julio de 1999 al 30 de noviembre de 2000. Posteriormente migró a Colfondos el 25 de octubre de 2000, con efectividad a partir del 01 de diciembre de 2000. Fondo pensional al cual se encuentra a la fecha vinculada¹⁰.

En la demanda se argumenta que las AFP faltaron al deber de información no se le presentó un esquema comparativo de la pensión entre uno y otro régimen. Se le indujo en error ante la falta de información veraz y clara que le permitiera saber las consecuencias de su traslado. Alude que los asesores soportaron su información en la desaparición del ISS o de su detrimento patrimonial, el cual señalaron, impediría garantizarle una pensión, mientras

⁴ Pág. 35 Archivo 1Expediente. PDF

⁵ Pág. 65, 160 a 184 y 186 a Archivo 1Expediente. PDF

⁶ Pág. 331 a 333 Archivo 06.PDF

⁷ Pág. 185 Archivo 06.PDF

⁸ Pág. 41 a 64, 68 a 73 Archivo 1Expediente. PDF

⁹ Pág. 188 y 320 Archivo 1Expediente. PDF

¹⁰ Pág. 188 Archivo 1Expediente. PDF

que el fondo privado le brindaba una mesada mayor. Expresa que al momento del traslado se desconoció por el fondo privado que era beneficiaria del régimen de transición.

Dígase además que la demandante en interrogatorio de parte indicó que no fue coaccionada para suscribir el formulario de afiliación de traslado de régimen. Alude que la información dada por el fondo privado fue incompleta, pues no le realizaron una proyección ni explicación clara de lo que perdía con el traslado de régimen pensional (Minuto 07:41 a 11:01 Archivo 03.mp3).

Para la Sala, los fondos privados no demostraron 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 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 las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A.

Frente a la tesis 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).

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 Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones, gastos de administración, los rendimientos, y bonos pensionales, incluya las 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 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**. Colfondos S.A. debe trasladar además de los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones con sus rendimientos financieros, bonos pensionales, 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 la accionante estuvo afiliada 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 la 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 Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos, 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 la accionante estuvo afiliada a esa entidad.

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. ¿Es idóneo declarar probada la excepción de compensación en los gastos de administración?

La respuesta a este interrogante es **negativa**. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464-2019 aclaró que la excepción de compensación procede en los casos en que se ha reconocido el derecho principal o se ha pagado la devolución de saldos a la parte actora, en cuyo caso el demandante se aprecia como el deudor del sistema general de pensiones por adeudar a la entidad administradora los recursos con los cuales se va a financiar su pensión. Por tanto, se despachan de manera desfavorable los argumentos del apoderado judicial de Porvenir S.A., se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación.

2.5. ¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición? 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 la actora su status pensional, o desde que cesan los aportes al sistema?

La respuesta a este interrogante es **positiva**. 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. Y para el caso, bajo las reglas del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por preservar los beneficios de la transición hasta el 31 de diciembre de 2014. Por tanto, se deberá confirmar el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación. Ahora en lo que atañe al monto y disfrute de dicha prestación económica, Colpensiones debe reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez **una vez acredite el retiro al sistema general de pensiones**, prestación económica 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 el 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. En ese orden, lo primero es dilucidar si continúa siendo beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No está en discusión que la demandante nació el 18 de octubre de 1958 (fl. 41), ni que se afilió al entonces Instituto de Seguros Sociales el 02 de septiembre de 1980. Como tenía más de 35 años al 1 de abril de 1994, puede entenderse que, en principio, conservó a su favor la aplicación de los reglamentos del Instituto.

Ahora bien, el párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005 limitó la transición al 31 de julio de 2010. Empero, posibilitó su extensión hasta el 31 de diciembre de 2014, si el afiliado logra acreditar *«al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo»*. A la fecha límite prevista, la accionante alcanzó los años del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Este requisito de edad solo fue satisfecho el 18 de octubre de 2.013. De esta suerte, es pertinente verificar si al **25 de julio de 2005**, logró reunir 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicio.

De acuerdo con la información recaudada en el expediente, la accionante reúne: **i) 169.29**¹¹ semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales hasta el 29 de noviembre de 1993; **ii)** acorde a certificaciones de periodos de vinculación laboral expedido por la Gobernación del Valle del Cauca en formatos 1 y 3 (B), se hace constar que la actora estuvo vinculada al Departamento entre el 10 de febrero de 1993 al 31 de diciembre de 2002, con cero interrupciones, tiempos que atañen a 3561 días equivalentes a **508.71 semanas**, las que sumadas alcanzan un total de **678 semanas**. **lii)** Se superó el mínimo de las 750 semanas, con las cotizaciones que se registran a los folios 168 y 169, donde entre el 01 de marzo de 2003 al **25 de julio de 2005**, se realizan aportes por 589 días equivalentes a **84.14 semanas**.

¹¹ Archivo 01Expediente201900595.PDF, Pág. 68 a 73. Págs.139 a 144.

Para un total de 762.14 semanas a la entrada en vigor del Acto Legislativo de 2005, suficientes para preservar los beneficios de la transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

En ese contexto y de acuerdo con la misma información aportada por las accionadas, se observa que, al 18 de octubre de 2.013, cuando cumplió 55 años, la demandante contaba **1.229.29** semanas de cotización como se advierte a continuación.

Registro de semanas	DESDE			HASTA			# Días
	Año	Mes	Día	Año	Mes	Día	
Reportadas por el ISS (Pág. 35)	1980	09	02	1993	11	29	1185
Departamento del Valle (Pág. 68 a 72)	1993	02	10	2002	12	31	3561
Colfondos (Págs 160 a 164)	2003	01	01	2004	01	01	361
	2004	02	01	2005	06	30	510
	2005	07	01	2006	12	30	540
	2007	01	01	2011	03	30	1530
	2011	04	01	2013	10	18	918
Total Días							8605
Semanas							1229,29

Así las cosas, cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, bajo las reglas del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Esta es la segunda conclusión relevante, de cara a la expectativa pensional de la actora.

Por tanto, acreditado los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de vejez. se le deberá aplicar una tasa de reemplazo del 90%, pues adicionales de las aludidas 1.229,29 semanas, le figuran aportes realizados entre el 19 de octubre de 2013 hasta a noviembre de 2019 (Pág. 177), tasa que se aplica al IBL hallado de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues a la entrada en vigencia del régimen de transición le faltaban más 10 años para adquirir el derecho.

Sin embargo, no es viable proceder a efectuar la liquidación, toda vez que el Acuerdo 049 de 1990 también establece que las pensiones se pagarán previo el retiro del asegurado del sistema para que pueda entrar a disfrutar de la prestación; por lo que la fecha de disfrute de la misma está atada a la data en que se pruebe el retiro del sistema, al verificarse en el plenario que luego de la radicación de la demanda -19 de diciembre de 2018 (fl.88)- la accionante continuó vinculada

laboralmente como se advierte de la historia laboral obrante a folio 177 del expediente, donde también le figuran cotizaciones a noviembre de 2019. En consecuencia, se confirmarán los numerales quinto y sexto de la sentencia consultada y apelada.

Lo anterior cobra mayor relevancia con lo señalado en la sentencia SL2261-2021, emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde en un caso análogo, se 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)

En consecuencia, Colpensiones al momento de definir la prestación tendrá en cuenta el retiro efectivo del sistema junto a los parámetros que se han establecido, de acuerdo con la norma aplicable, de conformidad con el régimen de transición.

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 las Administradoras de Fondo de Pensiones del RAIS procedan 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).

2.6. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.?

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *a quo* a las entidades demandadas.

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 Porvenir y Colpensiones, dado que fracasaron los recursos de apelación elevados por estas entidades.

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

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Porvenir y Colpensiones, en favor de la 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

Salvo voto parcial.

Firma digitalizada para
Actos Judiciales


Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO