



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:	76-001-31-05-018-2022-00091-01
Juzgado de primera instancia:	Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Clara Inés Bedoya Arturo
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia del traslado de régimen pensional- y reconocimiento pensional.
Sentencia escrita No.	300

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 145 emitida el 30 de junio de 2022. 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 e ineficacia de la afiliación y traslado de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual en dicho momento administrado por Porvenir S.A., por vicio en el consentimiento por inducción al error y falta de asesoría.* **ii)** *Ordenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el valor total de la cuenta individual, incluyendo todas las cotizaciones realizadas, bonos pensionales, intereses y rendimientos financieros, porcentaje para el Fondo de Garantía de pensión mínima.* **iii)** *Ordenar el retorno de calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones en calidad de afiliada.* **iv)** *Condenar al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de manera retroactiva a partir del 19 de octubre de 2017.* **v)** *A los intereses moratorios del Art.141 de la Ley 100 de 1993.* **vi)** *Al pago de costas y agencias en derecho, así como a la aplicación de los principios ultra y extra petita.”* (Págs. 02 a 11– Archivo 1.PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 8 a 26 Archivo 10.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. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La entidad vinculada mediante providencia de fecha 05 de mayo de 2022¹, dio contestación mediante escrito visible a folios 3 a 31 Archivo 14.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. intervino mediante escrito visible a folios 03 a 30 Archivo 09.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.).

¹ Archivo 13

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La a quo dictó sentencia No. 145 emitida el 30 de junio de 2022. En su parte resolutive, decidió: “**Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por Porvenir S.A. **Segundo**, declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Colpensiones respecto del pedimento relativo al retroactivo pensional, los intereses moratorios y la indexación y no probadas las demás excepciones. **Tercero**, declarar la ineficacia del traslado que Clara Inés Bedoya Arturo, suscribió desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A. **Cuarto**, condenar a Porvenir S.A, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de Clara Inés Bedoya Arturo, tales como, cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales si lo hubiere, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro; y de manera correlativa, Colpensiones tendrá que aceptar el traslado de la demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada con cargo a su propio peculio **Quinto**, ordenar Colpensiones acepte el traslado de Clara Inés Bedoya Arturo sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado el traslado ordenado en el numeral cuarto, deberá actualizar la historia laboral, dentro de los 2 meses siguientes. **Sexto**, declarar que Clara Inés Bedoya Arturo, es beneficiaria de la pensión de vejez causada el 19 de octubre de 2017 en aplicación de lo dispuesto en artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. **Séptimo**, declarar que Colpensiones una vez acredite la desafiliación del sistema a seguridad social en pensiones, deberá reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez a Clara Inés Bedoya Arturo teniendo en cuenta para su cálculo que el monto de la pensión deberá liquidarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, y

*el Ingreso Base de Liquidación, acorde al artículo 21 de la Ley 100 de 1993. **Octavo**, absolver a Colpensiones de las demás pretensiones de la acción incoada en su contra. **Noveno**, absolver al Ministerio de Hacienda Crédito Público. **Décimo**, condena en costas a la parte vencida. **Décimo Primero** consúltese la sentencia ante el Superior.”*

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, conforme a los medios probatorios el fondo privado no logró demostrar que hubiese suministrado toda la información necesaria y asesoría completa a la demandante al momento de efectuar el traslado. Señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y suficiente al momento de efectuarse el traslado, dando a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar.

De esta forma, concluyó que, debido a la ausencia de la acreditación del deber de información veraz, coherente y suficiente, por parte del fondo privado, debe declararse la ineficacia del traslado, pues no hubo una labor de acompañamiento integral y completa por parte de la administradora de fondos de pensiones del sector privado, en el que estuvo y está afiliada la demandante.

Frente a la prescripción, indicó que los afiliados pueden solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado en cualquier tiempo, en virtud del precedente ampliamente citado.

En lo que atañe al reconocimiento de la pensión de vejez, indicó que a la actora le era aplicable el Art. 33 de la Ley 100 de 1992 modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003 al superar la edad y un número 2.057 semanas cotizadas, adquiriendo su status pensional el 19 de octubre de 2017. Sin embargo, en lo que respecta a la fecha del disfrute y liquidación de la prestación, indicó que como la actora durante el trámite del proceso continuó cotizando, no era posible establecer: **i)** la fecha de desafiliación del sistema, **ii)** el disfrute de la prestación económica, **iii)** el IBL y **iv)** la tasa de reemplazo. Indicó que, Colpensiones debía proceder a liquidar la pensión una vez que la señora Clara Inés Bedoya Arturo se desafilie del sistema en el marco de

artículo 34 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la ley 797 de 2003, y artículo 21 de la misma normativa. Negó el reconocimiento de los intereses moratorios e indexación de las mesadas pensionales.

4. Las apelaciones.

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

4.1. Apelación de Colpensiones.

4.1.1 Dice que el traslado tiene plena validez, además es potestad única de la parte demandante. La afiliación al RAIS de la actora, goza de plena validez jurídica, al haberse manifestado de manera libre y voluntaria su consentimiento a la hora de realizar el traslado, por tanto, no hubo vicio alguno al momento de su suscripción. De confirmarse la decisión se afectaría la sostenibilidad del sistema del tercero que no intervino en el traslado del régimen, de cara a que la actora ya superó los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez.

4.2. Apelación la parte demandada – Porvenir S.A.

Indicó que durante el proceso la actora no logró demostrar los supuestos vicios en el consentimiento por ningún medio de prueba. Que la parte demandante, bien pudo retornar al RPM, sin embargo, no hizo uso de los mecanismos legales dispuestos para tal fin, no haciendo uso del derecho de retracto. Recordó que para la época de afiliación, no se exigía a los fondos documentar las asesorías, pues dicha obligación surgió de manera posterior. Que en caso se confirme la decisión no se debe devolver los rendimientos, y los gastos de administración, pues se estaría generándose un detrimento patrimonial y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Agrega que en cuanto a las condenas que atañe a la devolución de los gastos de administración, advierte que la misma no es procedente acorde a lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, que dispone que de las restituciones mutuas que haya que hacerse en virtual de la declaratoria de ineficacia, no hay lugar a ordenar a devolver lo contenido en la cuenta de ahorro

individual, incluyendo los gastos y cuotas de administración, porque dicho rubro son los que se deben entender como las pérdidas y el deterioro que cada una de las partes de asumir en una relación jurídica que sostuvieron a lo largo del tiempo.

Precisa que, respecto a la devolución de los rendimientos, que la consecuencia de la ineficacia es entender que el vínculo nunca existió, es decir que la demandante nunca estuvo afiliada a Porvenir S.A.; luego entonces, si nunca existió dicha afiliación, no habría lugar a devolver los rendimientos que se generaron durante todos los años en que la demandante estuvo afiliada a ese fondo. Adicionalmente, con relación a devolver el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, alega que dicha suma ya se encuentra en extinta, y por lo mismo, no hace parte de los dineros que administra Porvenir.

Finalmente, lo que respecta a la condena de la devolución de la prima de seguros y reaseguro, señala que no es procedente la misma, al no encontrarse en poder de Porvenir S.A., sino en el de la compañía aseguradora que se contrató para la cobertura de las contingencias de invalidez y muerte. Alude que, la destinación de dichas sumas, cumplieron con su objetivo y en consecuencia aquellas ya se agotaron y extinguieron, cobertura que se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo por ser material y jurídicamente imposible.

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 13 de la Ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

5.1.1. Parte demandante, Colpensiones, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Porvenir S.A.

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 9, archivo 04 PDF y Porvenir S.A., también lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 9, archivo 05 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron 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 obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro, éstos últimos 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 adquirió la actora 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 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 Porvenir S.A. demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, 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 Colpensiones², Porvenir S.A.³, el formulario de afiliación⁴, bono pensional⁵ y del historial de vinculaciones de Asofondos⁶, se desprende que, la accionante Clara Inés Bedoya Arturo, 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 23 de abril de 1979 al 30 de abril de 1998⁷.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, la actora se trasladó del régimen a Porvenir el 13 de abril de 1998 y con efectividad al 01 de junio de 1998. Fondo pensional al cual se encuentra a la fecha vinculada⁸.

En la demanda se argumenta que, en el acto de vinculación de la actora al RAIS, estuvo mediado de engaño por cuanto la AFP Porvenir S.A. faltó al deber de información al no señalarle de manera completa, veraz y eficiente: 1)

² Pág. 27 a 33 Archivo 10

³ Pág.31 a 60, 78 a 89 Archivo 09 PDF

⁴ Pág.90 Archivo 09 PDF

⁵ Pág.95 a 100 Archivo 09 PDF

⁶ Pág.92 a 93 Archivo 09 PDF

⁷ Pág. 27 a 33 Archivo 10

⁸ Pág.92 a 93 Archivo 09 PDF

sobre consecuencias del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, 2) las ventajas y desventajas del cambio de régimen. Y 3) no se le realizó una proyección de su mesada pensional.

Dígase además que en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante Clara Inés Bedoya Arturo indicó que no se encuentra pensionada. Los motivos del traslado al fondo privado se dieron, porque en la Compañía que laboraba sugirieron la afiliación de todo el personal al fondo privado. Traslado que aduce efectuó de forma libre y voluntaria. Refiere que desea retornar al sistema para obtener una mesada pensional superior. (Minuto 17:30 a 21:43 Archivo 19).

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

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

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).

Por último, 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 el fondo privado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, 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 obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro, éstos últimos 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, 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. Por lo tanto, se confirmará 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 confirmará la sentencia apelada y consultada.

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 adquirió la actora su status pensional, o desde 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. 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 la juez al determinar, que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, conlleva a que sea aquella administradora la obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez, una vez se recibieran los ahorros y recursos de la cuenta de ahorro individual, por parte de la AFP Porvenir, para que pueda entrar a analizar las condiciones de la actora de manera integral de conformidad con el inciso 3º del párrafo 1º del artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003.

La demandante Clara Inés Bedoya Arturo, 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 19 de octubre de 1960⁹. De otro lado, tiene acreditadas más de 2.057 semanas de cotización a enero de 2022. En efecto, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM administrado por el ISS, hoy Colpensiones, realizó **874.1** semanas de cotización; y en el régimen de ahorro individual con solidaridad **a enero de 2022**, un total de **1.182.9**, -sumadas da un total de **2.057** semanas- como se advierte de la historia laboral consolidada emitida por Porvenir S.A.¹⁰.

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 se avizora en la aludida historia laboral consolidada,

⁹ Pág. 01 Archivo 02 Expediente -PDF-

¹⁰ Pág. 31 a 60 Archivo 09 PDF

la demandante aún en **enero de 2022** se encontraba cotizando, y radicó la demanda el **03 de diciembre de 2021**¹¹.

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 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 cuanto no se acredita el momento en que operó la desafiliación o cesaron de forma definitiva las cotizaciones al sistema de pensiones por parte de la actora.

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

¹¹ Pág. 14 Archivo 01 PDF

incrementar el salario base de liquidación, por consiguiente, no procede el reconocimiento de los intereses reclamados...” (Resalta la Sala)

Por ende, se debe entrar a confirmar la decisión de primer grado, que atañe a que le corresponde a Colpensiones 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.

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 y Porvenir, dado que fracasaron los recursos de apelación elevado 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: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Porvenir S.A. y a Colpensiones, en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

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

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento parcial de voto a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación.

No resulta procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, ello es así por cuanto el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resultan excluyentes entre sí.

Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

3.4.4. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico¹². *“De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando”*¹³.

Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el *a-quo*, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin¹⁴. En efecto, ese grado jurisdiccional *“es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P”*¹⁵.

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia¹⁶. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo¹⁷, norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que *“propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un*

¹²Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

¹³Ibidem.

¹⁴Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

¹⁶Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁷ Artículo 62. diversas clases de recursos. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Contra las providencias judiciales procederán los siguientes recursos. 1. El de reposición; 2. el de apelación; 3. el de súplica. 4. el de casación; 5. el de queja; 6. el de revisión; 7. el de anulación.

*orden justo y la prevalencia del derecho sustancial*¹⁸.

Así también se ha manifestado en aclaraciones de voto en providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia **SL 3202-2021, SL 3047-2021, SL 3199 –2021 y SL 3049-2021**¹⁹:

**“CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente
ACLARACIÓN DE VOTO
Recurso Extraordinario de Casación
Radicación n.º 87999
Acta 25**

Referencia: Demanda promovida por **EDUARDO VICARIA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito hacer aclaración de voto, pues si bien comparto la decisión que finalmente se adoptó en el *sub judice*, que dispuso casar el fallo absolutorio de segundo nivel, respecto de los argumentos esbozados en sede de instancia, relacionados con el grado jurisdiccional de consulta que se indica se surte a favor de Colpensiones, me permito aclarar lo siguiente:

En la referida providencia se sostuvo que se procedería a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones «*en lo no apelado*».

Sobre el particular, debo señalar que aun cuando esta la Sala de manera mayoritaria, ha venido sosteniendo que la sentencia condenatoria contra entidades territoriales, y aquellas donde el Estado es garante, debe ser consultada independientemente de si es apelada o no por esta, lo que obliga al juez de segundo grado, en razón de ese grado jurisdiccional, a pronunciarse respecto de aquellos puntos que no fueron apelados, en mi prudente juicio ello no es así, como se pasa a explicar.

El recurso de apelación hace parte del principio de la doble instancia y del derecho de defensa, teniendo como objeto defender una postura, refutar y contradecir los argumentos de la providencia, haciendo ver de manera lógica y jurídica aquellos aspectos de la sentencia que se consideran son contrarios a nuestro ordenamiento constitucional, legal o la jurisprudencia y lesivos a los intereses de la parte que se representa, buscando que el superior la revoque o modifique, correspondiendo al apelante definir el alcance de la alzada, que en últimas limitan la competencia del superior, excepto cuando estén de por medio beneficios mínimos irrenunciables del trabajador.

La reforma introducida por la Ley 1149/07, en su artículo 14, amplió el campo de aplicación de la consulta frente a entidades donde el Estado sea garante, cuyo objetivo es que, ese grado jurisdiccional se surta siempre y cuando no sea apelada, como expresamente lo establece en el inciso segundo, al indicar que las decisiones de primera instancia «**serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas**», y aun cuando este párrafo se refiere al trabajador, afiliado o beneficiario, no puede mirarse aisladamente el tercer inciso en donde se consagra la consulta para entidades del orden territorial y aquellas donde el Estado sea garante, para concluir que, como allí no se limitó de manera expresa la procedencia de esta, opera con independencia de que sea apelada o no por la parte a la que le fue adversa, puesto que el fin último de la disposición es que esos fallos tengan una revisión por parte del Tribunal cuando no sean apelados, para evitar sentencias que puedan afectar los derechos de los trabajadores o el patrimonio público.

Así las cosas, cuando la entidad accionada, en este caso Colpensiones, presenta recurso de apelación respecto de algunos puntos de la sentencia y frente a otros no, quiere decir que está conforme con lo allí decidido en cuanto a estos, en cuyo caso, el juez colegiado no tendría facultad para pronunciarse en lo atinente a la decisión del juzgado que no fue objeto de apelación, por mandato expreso del artículo 66 A adicionado por el artículo 35 de la Ley 712/01, que preceptúa: «*Principio de*

¹⁸Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁹

*consonancia. La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, **deberá estar en consonancia con las materias objeto de recurso de apelación**.* (Negrillas fuera de texto).

Y no puede ser de otra manera porque si la razón de ser de ese grado jurisdiccional de consulta es dar origen a una segunda instancia y obtener una revisión oficiosa del fallo, ese objetivo se consuma a cabalidad con la interposición del recurso de alzada. Una interpretación contraria, no solo quebranta la norma antes mencionada, sino que también crea una desigualdad respecto del trabajador, afiliado o beneficiario, parte débil del litigio, frente a quien solo opera la consulta cuando la providencia que le es desfavorable, no es apelada, más no, cuando, se hace uso del recurso de alzada de manera parcial, evento en el cual el juez colegiado no se ocupa oficiosamente de estudiar aquellos puntos que no fueron objeto de apelación. En los anteriores términos dejo aclarado mi voto. **GERARDO BOTERO ZULUAGA Magistrado**"

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA