



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001-31-05-012-2019-00402-01
Juzgado de primera instancia:	Doce Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Ana Lucia Clavijo Saavedra
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A.
Vinculada:	- Porvenir S.A.
Asunto:	Modifica, adiciona y confirma sentencia – Nulidad de traslado de régimen pensional y reconocimiento pensión de vejez-.
Sentencia escrita No.	401

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de la demandante y de Colpensiones, contra la sentencia No. 171 emitida el 16 de septiembre de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare en su favor: **i) la nulidad del traslado** del Régimen de Prima Media -RPM- de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones, la totalidad del ahorro realizado por la señora Ana Lucía Clavijo Saavedra con sus respectivos rendimientos. **ii) Se condene a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez** desde julio de 2017, en cuantía de \$1.293.394, con las correspondientes mesadas adicionales de junio y diciembre, y reajustes de ley; **iii) los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, iv) el pago de costas y agencias en derecho** (Fls. 121 a 136 – Archivo 1 Expediente PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 151 a 156 Archivo 1. Expediente. 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

El fondo pensional demandado, dio contestación mediante escrito visible a folios 172 a 182 Archivo 1. Expediente. 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 vinculada mediante providencia de fecha 27 de enero de 2020 (Pág. 200-201 Archivo 1.pdf), dio contestación mediante escrito visible a folios 236 a 265 ibid. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *a quo* dictó sentencia No. 171 del 16 de septiembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones formuladas respecto de la nulidad de traslado realizadas por Colfondos, Porvenir y Colpensiones. **Segundo**, declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora Ana Lucia Clavijo Saavedra y de todas las afiliaciones que ésta haya tenido a administradoras del último régimen, conservándose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por Colpensiones, sin solución de continuidad. **Tercero**, condenar a Colfondos S.A a trasladar los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual la señora Ana Lucia Clavijo Saavedra junto con sus respectivos rendimientos y gastos de administración. **Cuarto**, condenar a Colpensiones en su calidad de administradora del régimen de prima media con prestación definida a reconocer y pagar pensión vitalicia de vejez a la señora Ana Lucia Clavijo Saavedra a partir del 2 de mayo del año 2019 en cuantía de \$1.356.481 a razón de 13 mesadas por año. La cuantía de la obligación asciende al 31 de agosto del año 2020 a \$24.880.574,69 pesos. **Quinto**, condenar a Colpensiones a reconocer indexación sobre las mesadas insolutas, teniendo en cuenta la fecha de causación de cada mesada y hasta que se efectuó el pago. **Sexto**, costas a cargo de Colfondos y Colpensiones a favor de la demandante. **Séptimo**, autorizar a Colpensiones a descontar del retroactivo generado por mesadas ordinarias el monto de los aportes al sistema de seguridad social en salud que le corresponde a la demandante y los remita de manera directa a la EPS a la cual se encuentra afiliada. **Octavo**: absolver a las demandadas de las demás pretensiones que en su contra formuló la señora Ana Lucia Clavijo Saavedra. **Noveno**: La presente sentencia, debe consultarse.

3.2. Para adoptar tal determinación, tras señalar la normatividad aplicable al asunto y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que, dentro del proceso, no se demostró por parte de los fondos privados haber cumplido con el deber de información debida y necesaria, relacionada con la prestación pensional en el RAIS al momento del traslado de la señora Ana Lucía Clavijo. Dicha AFP incumplió con la carga probatoria que le atañía y, por ende, resultaba procedente la declaratoria de ineficacia.

Indicó que no es viable aplicar el fenómeno prescriptivo en atención a que el derecho a la Seguridad Social, es un derecho fundamental. Declaró no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.

En lo que tiene que ver con la pensión de vejez, refirió que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, al haber superado el requisito de la edad en el año 2017. Por ende, efectuó el correspondiente estudio a la luz de la Ley 797 del 2003, que exige para las mujeres 57 años y una densidad de semanas mínimo de 1300 semanas.

Advirtió, que la demandante elevó petición de reconocimiento pensional el 02 de mayo de 2019, sin que aparezca en el sistema “novedad de retiro”. Por tanto, tomó esa fecha como referente para la exigibilidad de la prestación económica. Luego pasó a calcular el IBL de toda la vida, de donde obtuvo la suma de \$1.615.967, monto que al aplicarle una tasa de reemplazo del 70,52%, halló una mesada pensional de \$1.139.580. Agregó, que al calcular el IBL con los últimos 10 años, el monto se incrementa a \$1.928.463, y aunque la tasa de reemplazo disminuye a 70,34%, el valor de la mesada pensional sí es superior, al liquidarla en la suma de \$1.356.481 para el año 2019. Cifra que al ser reajustada al año 2020, asciende a la suma de \$1.408.027.

Luego al efectuar el cálculo del retroactivo generado entre el 02 de mayo de 2019 hasta el 31 de agosto de 2020, liquidó la suma de \$24.880.574,69. Monto respecto del cual no se configuraba la prescripción, pues, entre la fecha de exigibilidad del derecho -02 de mayo de 2019-, y la radicación de la demanda -02 de junio de 2019- no había transcurrido 3 años.

En lo que tiene que ver con los intereses moratorios rememoró la sentencia SL 1421 del año 2019, para luego advertir que ante la declaratoria de la ineficacia del traslado, no es posible que se conceda dicho concepto, como quiera que Colpensiones no estaba obligada a efectuar ningún reconocimiento prestacional. En consecuencia, concedió la indexación de las condenas impuestas. Del número de mesadas pensionales concedidas, indicó que únicamente había lugar a otorgar 13 al año, como quiera que el derecho pensional se causó cuando ya estaba en vigencia el acto legislativo 01 del año 2005.

4. Las apelaciones.

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

4.1. Apelación Colpensiones.

Apoyó su censura en que la selección de uno de cualquiera de los regímenes existentes, bien sea régimen de ahorro individual con solidaridad o régimen de prima media con prestación definida, es una potestad única y exclusiva del afiliado que de manera libre y voluntaria toma la decisión de afiliarse al debido fondo que desee. Sin embargo, en el caso de la señora Ana Lucia Clavijo Saavedra, atendiendo la edad al momento de solicitar la afiliación ante Colpensiones, aduce le estaba prohibido efectuar el traslado de régimen en virtud de la regla general contenida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Alega, se debe absolver a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra, incluida la condena impuesta de reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 2 de mayo de 2019. Refirió que cuando se elevó ante Colpensiones la solicitud el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, se había configurado una negativa justificada, pues la actora no estaba válidamente afiliada a Colpensiones y además, únicamente le figuraban 585,86 semanas que cotizó al 31 de mayo de 1996. Agregó que no es viable imponer a Colpensiones el pago de un retroactivo pensional, para calendas en que no figuraba como afiliada.

4.2. Apelación la parte demandante

Soportó el trámite de alzada, señalando que Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez a la accionante desde la fecha en que ésta cumplió los requisitos para obtener su pensión de vejez, como son la edad y las semanas cotizadas. En lo que respecta a la desafiliación al sistema general de pensiones, indicó, no dependía de la actora hacerlo efectivo. Agrega, que Colpensiones iba a percibir los aportes, rendimientos y cuotas de administración de la cuenta de la pensión de la señora Ana Lucia Clavijo de toda la vida laboral.

Finaliza su reproche en que el monto de la mesada pensional no es de \$1.356.000, sino de \$1.458.000. Suma que obtuvo al aplicarle al IBL obtenido una tasa de reemplazo del 76,35%.

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 2020¹, convertido en legislación permanente mediante la Ley 2213 de 2022², se pronunciaron, así:

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

Porvenir S.A., lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 5, 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 por la *a quo* declarar la **nulidad** del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuando de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la sanción que el ordenamiento jurídico impone a la afiliación es la **ineficacia** del mismo en sentido estricto o exclusivo?

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

¹ "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".

² Vigente a partir del 13 de junio de 2022

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

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

1.5. De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿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 cesaron los aportes al sistema?

1.6. ¿Es viable la condena de la indexación?

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **negativa**. No fue acertada la decisión de la *a quo* de declarar la nulidad del traslado de régimen pensional de la demandante, pues ha sido pacífica la jurisprudencia nacional en indicar que la sanción que el ordenamiento jurídico impone a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Correspondiendo sí, como lo advirtió la *a quo*, que la AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. demostraran 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, resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral, en sentencia SL4192 de fecha seis (6) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), emitida dentro de la Radicación n.º 85052, respecto al tema de si es procedente declarar la ineficacia del traslado o la nulidad e inexistencia de dicho acto, explicó:

“En efecto, la ineficacia de aquella decisión, por hallarse vinculada con postulados de orden público y constitucional, de mayor envergadura a los de

*la autonomía de la voluntad, que atañen con el cumplimiento de la garantía de la seguridad social y la realización de los derechos irrenunciables de esa estirpe, al tenor de lo explicado en los artículos 48 y 53 de la CP, concretados en los derechos y obligaciones del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, debe estudiarse en perspectiva de la sanción del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, normativa especial y prevalente, **no desde la figura de las nulidades del régimen general de las obligaciones.***

Así lo resaltó la Corporación en la sentencia CSJ SL4360-2019, que reitera la regla de las similares CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019, al señalar que la sanción que el ordenamiento jurídico impone a la afiliación «desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado», motivo por el cual «el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia».

En efecto, desde ese contexto, la Corte señaló:

[...] cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro....”

De acuerdo a las anteriores premisas jurisprudenciales, procede esta Sala a resolver los problemas jurídicos planteados bajo la óptica de la ineficacia del traslado, y se hace de la siguiente manera:

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

empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

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

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

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020, SL4811-2020 y SL4192-2021, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información al momento del traslado entre regímenes, por ser una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el: *“deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”*, premisa que implica dar a conocer: *“las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes”*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución

normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –*cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones³, Colfondos⁴, y Porvenir⁵, los formularios de afiliación y traslado de régimen pensional⁶,

³ Archivo 1 ExpedienteDigitalizado20200610.PDF, Pág. 74

⁴ Pág. 65 a 71 y 183 a 190, 193 a 197 Ibid.,

⁵ Pág. 257 a 260 ibid.

⁶ Pág. 72 y 259 ibidem

historial válido para bono pensional⁷ y del historial de vinculaciones de Asofondos⁸, se desprende que, la accionante Ana Lucia Clavijo Saavedra, 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 01 de febrero de 1985 al 31 de mayo de 1996⁹.
- b. Ejecutando el traslado de régimen a Colfondos, con fecha efectividad del 01 de mayo de 1996, de acuerdo solicitud de vinculación de fecha 12 de abril de 1996¹⁰. Posteriormente, realizó su afiliación a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 21 de agosto de 2002, con fecha de efectividad el 01 de octubre de 2002. Finalmente, retornó a Colfondos S.A., el 19 de mayo de 2008, con fecha de efectividad el 01 de Julio de 2008.¹¹

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

2.3.3. Por su parte, las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., expresaron que no existió omisión por parte de esa AFP al momento de entregar a la actora, toda la información que requería para tomar una decisión consiente y libre de toda coacción, frente al traslado de régimen pensional del RPM al RAIS. Agrega que la vinculación realizada por la actora al RAIS goza de plena validez, por cuanto la misma se realizó en atención a la libre voluntad de la demandante, quien de manera espontánea y directa suscribió el acto de afiliación, una vez recibió la asesoría tendiente a mostrar las ventajas y desventajas de dicho traslado. Por lo cual consideran, resulta inviable la ineficacia solicitada.

2.3.4. Para la Sala, los fondos privados demandado Colfondos S.A. y vinculado Porvenir S.A., no demostraron que hayan brindado a la demandante, la

⁷ Pág. 95 a 97 ibid.

⁸ Pág. 198 y 255 ibidem.

⁹ Pág. 74 Archivo 1.pdf

¹⁰ Archivo 1 Expediente PDF, Pág. 72, 191-192, y 198

¹¹ Pág. 198 Archivo 1.pdf.

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 beneficiario 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 debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

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).

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

16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

De ahí que se modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar **la ineficacia y no la nulidad** de la afiliación de la reclamante al RAIS el 01 de mayo de 1996, de acuerdo solicitud de vinculación de fecha 12 de abril de 1996¹². Así como de la afiliación que efectuó el 21 de agosto de 2002 y con fecha de efectividad el 01 de octubre de 2002 y finalmente el reintegro del 19 de Mayo de 2008, con fecha de efectividad el 01 de Julio de 2008¹³, al no haberse demostrado, como lo advirtió la *a quo* que se suministró a la actora la suficiente información por parte de Porvenir S.A. y Colfondos S.A. para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. y Colfondos S.A., deben trasladar los valores que percibieron por concepto de: cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguro y las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del

¹² Archivo 1 Expediente PDF, Pág. 72, 191-192, y 198

¹³ Pág. 198 Archivo 1.pdf.

9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, y SL4398 del veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), radicación 81342, en ésta última, además de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, la Alta Corporación dispuso que el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad debía realizar la devolución con cargo a sus propios recursos de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración.

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

3.2.3. Frente al tercer problema jurídico, 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. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

4. Respuesta al cuarto problema jurídico.

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 por cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Por tanto, se deberá modificar el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación, en lo que atañe al monto y disfrute de dicha prestación económica, pues Colpensiones debe reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, **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.

4.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

Parte esta Sala por señalar, que no le asiste razón a Colpensiones al afirmar que no es posible el reconocimiento de la prestación por cuanto al haberse hasta ahora declarado la ineficacia del traslado, existe una negativa justificada, al no estar válidamente afiliada la actora a Colpensiones, por figurarle además, únicamente 585,86 semanas de cotización. Por las siguientes razones:

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. Al encontrarse acreditado en el plenario que la demandante Ana Lucía Clavijo Saavedra reunió los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003.

Como quiera que de un lado ostentó para el año 2017, 57 años de edad al figurarle fecha de nacimiento el 02 de agosto de 1960¹⁴. Y del otro, tiene acreditadas más de 1553.71 semanas de cotización al 01 de octubre de 2019 como se aprecia de la tabla 1. Se advirtió, además, que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, realizó **585.86** semanas de cotización entre el 01 de febrero de 1985 al 01 de mayo de 1996¹⁵. A los fondos privados Porvenir S.A.¹⁶ y

¹⁴ Fl. 08 – Archivo 1 Expediente PDF.

¹⁵ Pág. 74 Archivo 1.pdf

¹⁶ Pág. 257 a 260 ibid.

Colfondos S.A.¹⁷, acorde con las historias laborales, entre el 01 de mayo de 1996 al 01 de octubre de 2019, efectuó **967.85** semanas de aportes. Sumados reflejan un total de **1.553.71**. Presupuestos exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, para causar la prestación.

Sin embargo, a diferencia de lo dispuesto por la *a quo*, en los términos del artículo 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, al cual se acude por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, no es viable o exigible su disfrute, por cuanto para el momento en que radicó la demanda -11 de junio de 2019- continúa vinculada laboralmente. Es más, para el momento en que Colfondos S.A. presentó la contestación de la demanda, la accionante continuaba efectuando aportes al sistema el 21 de octubre de 2019 (fl. 183 a 190).

Ante tal horizonte procesal, 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.***

¹⁷ Pág. 65 a 71 y 183 a 190, 193 a 197 Ibid.,

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

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

5. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., no se impondrá condena en costas de segunda instancia dado el fracaso del recurso de apelación elevado por la parte demandante y prosperó de forma parcial la censura invocada por Colpensiones.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** y **ADICIONAR** el ordinal **TERCERO** de la sentencia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, el 16 de septiembre de 2020, para **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO**, imponiéndose consecuentemente a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., la devolución a COLPENSIONES de los aportes, rendimientos, bonos pensionales y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante Ana Lucía Clavijo Saavedra. Asimismo, lo recaudado por comisiones y gastos de administración durante todo el tiempo que permaneció allí afiliada, así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y asumirlos con cargo a sus propios recursos.

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

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

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

CUARTO: Sin condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Con ausencia justificada.


YULI MABEL SANCHEZ QUINTERO

ESDE			HASTA			# Días
Año	Mes	Día	Año	Mes	Día	
1985	02	01	1986	01	31	360
1986	02	01	1986	12	31	330
1987	01	01	1987	12	31	360
1988	01	01	1988	12	31	360
1989	01	01	1989	12	31	360
1990	01	01	1990	02	15	45
1989	11	01	1989	11	30	30
1989	12	01	1989	12	31	30
1990	01	01	1990	06	30	180
1990	07	01	1990	11	30	150
1990	12	01	1990	12	31	30
1991	01	01	1991	06	30	180
1991	07	01	1991	11	30	150
1991	12	01	1991	12	31	30
1992	01	01	1992	01	31	30
1992	02	01	1992	06	30	150
1992	07	01	1992	10	31	120
1992	11	01	1992	11	30	30
1992	12	01	1992	12	31	30
1993	01	01	1993	06	30	180
1993	07	01	1993	10	31	120
1993	11	01	1993	11	30	30
1993	12	01	1993	12	31	30
1994	01	01	1994	06	30	180
1994	07	01	1994	11	30	150
1994	12	01	1994	12	31	30
1995	01	01	1995	06	30	180
1995	07	01	1995	11	30	150
1995	12	01	1995	12	31	30
1996	01	01	1996	05	31	150
1996	06	01	1996	11	30	180
1996	12	01	1996	12	31	30
1997	01	01	1997	05	31	150
1997	06	01	1998	01	31	240

1999	09	01	1999	12	31	120
2000	01	01	2000	12	31	360
2001	01	01	2001	12	31	360
2002	01	01	2002	12	31	360
2003	01	01	2003	12	31	360
2004	01	01	2004	12	31	360
2005	01	01	2005	12	31	360
2006	01	01	2006	12	31	360
2007	01	01	2007	01	31	30
2007	02	01	2007	02	28	30
2007	03	01	2007	12	31	300
2008	01	01	2008	12	31	360
2009	01	01	2009	11	30	330
2011	07	01	2011	08	31	60
2011	09	01	2011	11	30	90
2011	12	01	2011	12	31	30
2012	01	01	2012	11	30	330
2012	12	01	2012	12	31	30
2013	01	01	2013	11	30	330
2013	12	01	2013	12	31	30
2014	01	01	2014	01	31	30
2014	02	01	2014	02	28	30
2014	03	01	2014	07	31	150
2014	08	01	2014	08	31	30
2014	09	01	2014	09	30	30
2014	10	01	2014	10	31	30
2014	11	01	2014	11	30	30
2014	12	01	2014	12	31	30
2015	01	01	2015	03	31	90
2015	04	01	2015	04	30	30
2015	05	01	2015	11	31	210
2015	12	01	2015	12	31	30
2016	01	01	2016	01	31	30
2016	02	01	2016	02	29	30
2017	10	01	2017	11	30	60
2017	12	01	2017	12	31	30
2018	01	01	2018	01	31	30

2018	02	01	2018	03	31	60
2018	04	01	2018	04	30	30
2018	05	01	2018	05	31	30
2018	06	01	2018	06	30	30
2018	07	01	2018	07	31	30
2018	08	01	2018	11	30	120
2018	12	01	2018	12	31	30
2019	01	01	2019	01	31	30
2019	02	01	2019	10	01	241
			*	Total Días		10876
				# Semanas		1553,71