

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	SAMUEL JOSÉ ESTRADA MEJÍA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.
LITISCONSORTE:	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
RADICACIÓN:	76001 31 05 012 2018 00412 01
JUZGADO DE ORIGEN:	DOCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN Y CONSULTA INEFICACIA/NULIDAD DE TRASLADO - PENSIONADO EN EL RAIS - RECONOCIMIENTO DE PENSION EL RPM
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 035

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO, GERMAN VARELA COLLAZOS y MARY ELENA SOLARTE MELO quien la preside, previa deliberación en los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y el demandante, respecto de la sentencia No. 22 del 27 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 161

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante se declare la nulidad del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON

SOLIDARIDAD - RAIS, se declare que es beneficiario del régimen de transición. Se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez a partir del 5 de marzo de 2014.

Como fundamento de sus pretensiones señala que:

- i) El señor SAMUEL JOSÉ ESTRADA MEJÍA nació el 5 de marzo de 1954. A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 40 años de edad.
- ii) Se encontraba afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES antes Instituto de Seguros Sociales – ISS, desde el 10 de enero de 1980 hasta el 30 de septiembre de 1999.
- iii) En octubre de 1999, los asesores de PROTECCIÓN S.A. lo abordaron para que se trasladara al RAIS, sin información clara, completa y veraz de las consecuencias del traslado.
- iv) Fue pensionado por PROTECCIÓN S.A. mediante carta del 16 de junio de 2017, en modalidad de retiro programado.
- v) Le pensión fue reconocida a partir del 13 de octubre de 2016, en cuantía de \$2.903.679.
- vi) El 22 de junio de 2018 solicitó a PROTECCIÓN S.A. se declarará la nulidad del traslado.
- vii) El 22 de junio de 2018, PROTECCIÓN S.A., contestó la solicitud, exhortando al demandante a que acuda a la jurisdicción ordinaria laboral.
- viii) El 21 de junio de 2018, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen ocurrido en octubre de 1999, rechazada ese mismo día.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Da contestación a la demanda manifestando no constarle la mayoría de los hechos, aceptando la afiliación a la entidad por parte del demandante.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones en su contra y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe, prescripción”*.

PROTECCIÓN S.A.

La apoderada judicial de la administradora, manifiesta que el demandante fue ilustrado de manera suficiente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes, tomando la decisión inequívoca de vincularse con PROTECCIÓN S.A.

Se opone a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y propone como excepción previa la que denominó *“falta de integración del contradictorio”* y como excepciones de fondo las que denominó: *“validez de la afiliación a Protección s.a., buena fe, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, nadie puede ir en contra de sus actos, compensación, innominada o genérica”*.

Adicionalmente, interpone demanda de reconvención, en la que pretende, se condene al actor a reintegrar a PROTECCIÓN S.A. las sumas de dinero recibidas por concepto de mesadas pensionales, a partir de la fecha del reconocimiento del derecho, es decir desde el 13 de octubre de 2016.

LITISCONSORTE

Mediante auto interlocutorio 3029 del 28 de junio de 2019, se integró como litisconsorte necesario por pasiva a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó: *“inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación, buena fe”*.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 22 del 27 de enero de 2020, resolvió:

DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

DECLARAR la nulidad del traslado del RPM al RAIS, y de todas las afiliaciones que este haya tenido a administradoras del último régimen, conservándose en consecuencia en el RPM administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

DEJAR SIN EFECTO las actuaciones relativas a la emisión y redención de bonos pensionales a favor del demandante y en consecuencia PROTECCIÓN S.A. deberá retornar al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO la totalidad de dineros entregados, debidamente actualizados.

CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes que tiene en la cuenta de ahorro individual el demandante, junto con sus respectivos rendimientos financieros y gastos de administración.

DECLARAR que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la norma que regula su derecho pensional es el Decreto 758 de 1990.

CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez al demandante a partir del 1 de octubre de 2016 en cuantía inicial de \$4.001.095, la cual deberá reajustarse anualmente.

CONDENAR a COLPENSIONES a pagar mesadas pensionales a favor del demandante, solo a partir del 1 de enero de 2020 en cuantía de \$4.716.949, advirtiendo que en ningún caso podrá el demandante recibir pensión en ambos fondos.

CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a pagar la diferencia pensionales, la cual asciende a \$58.487.426, con corte al 31 de diciembre del año 2019.

AUTORIZAR a las demandadas a descontar del retroactivo generado por mesadas ordinarias, el monto de los aportes al sistema de seguridad social en salud que le corresponde al demandante.

DENEGAR las pretensiones formuladas por PROTECCIÓN S.A.

Consideró la *a quo* que:

- i)** Cuando una persona suscribe formulario afiliación acepta expresamente el cumplimiento de los requisitos y cuáles serán las prestaciones económicas que estos consagran; sin embargo, la selección debe efectuarse de manera libre y voluntaria por parte del afiliado.
- ii)** Al existir solicitud de vinculación al RAIS y como quiera que fue reconocida pensión de vejez en este régimen, se podría pensar que aceptó las condiciones propias de este; sin embargo el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 dispone que el sistema de seguridad social integral no se puede aplicar cuando haya menoscabo de la libertad, la dignidad y los derechos mínimos de los trabajadores y que en caso de que esto suceda, se deben aplicar los principios fundamentales consagrados en el artículo 53 de la carta política.
- iii)** El demandante a 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad y había cotizado más de 15 años, siendo beneficiario del régimen de transición; para el año 1999 cuando contaba con 1000 semanas, se trasladó a PORVENIR, esta situación ha implicado que la prestación económica que se le concedió sea significativamente inferior a la que se le hubiese concedido dentro del régimen de prima media, esta situación debía haber sido puesta de presente al actor, si bien es cierto no era obligatorio efectuar proyección pensional, si era obligatorio colocarle de presente las consecuencias del traslado.
- iv)** El debido asesoramiento no se puede evidenciar con la simple suscripción del formulario de vinculación y ni siquiera con la aceptación de la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, pues la información debe entregarse al momento del traslado y no con posterioridad.
- v)** Conforme la jurisprudencia se debe dejar sin efectos el traslado y el derecho pensional que le fue reconocido por parte de PROTECCIÓN S.A.
- vi)** El demandante es beneficiario del régimen de transición, y conservando los beneficios del RPM, su derecho pensional esta reglado por el Decreto 758 de 1990. El demandante tiene 1850 semanas, cumplió su 60 años, el 5 de

marzo de 2014, dejó de cotizar el 30 de septiembre de 2016, por lo cual la pensión se causa a partir del primero de octubre de 2016.

- vii) El IBL más favorable es el de toda la vida laboral, con un valor de \$4.445.662, tasa de reemplazo del 90%, para una mesada de \$4.001.095.
- viii) Al demandante se le reconoció pensión en el RAIS, por lo que solo procede el reconocimiento de las diferencias pensionales generadas, diferencias que deben ser pagadas por PROTECCIÓN S.A., pues es esta la que ha generado el acto que se nulita. A partir del primero de enero del año 2020 el pago lo asumirá COLPENSIONES.
- ix) No opera la prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El apoderado de la parte demandante solicita sea revisada la decisión en cuanto al monto de la pensión, pues considera que es mayor. También manifiesta inconformidad con la fecha a partir de la cual se reconoce la prestación.

El apoderado de COLPENSIONES interpone recurso de apelación respecto de la condena en costas a esa entidad.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación, exponiendo los siguientes argumentos:

“... Como quedo resuelto en el plenario, el señor SAMUEL JOSÉ ESTRADA, se encuentra pensionado bajo la modalidad de retiro programado a partir del 13 de octubre de 2016 por valor de \$2.903.979, así las cosas como el demandante ya se encuentra pensionado ante PROTECCIÓN, resulta pertinente aclarar que una vez adquirido el derecho pensional los afiliados alcancen el estatus de pensionado por concepto de vejez, y por ende la forma automática se vuelve irrenunciable recibiendo de este modo el pago de las mesadas pensionales y seguridad social que para el caso en concreto iniciaron en octubre de 2016.

Ahora bien en cuanto al traslado de la cuenta pensional hacia COLPENSIONES, vale la pena traer a colación indicado en el artículo 107 de la ley 100 de 1993, en cuanto la prohibición legal de los pensionados de

trasladarse de una administradora o de un régimen a otro, en virtud es menester indicar que de acuerdo a la modalidad de retiro programado en el cual se encuentra pensionado el demandante, la persona pensionada no adquiere el derecho a una prestación fija sino que el pago de su pensión se calcula con base en el capital acumulado y por lo tanto esta depende de sus aportes, no obstante cuando el afiliado adquiere la calidad de pensionado el momento de la cuenta de ahorro pensional deja de incrementarse con base en los aportes mensuales que haga el pensionado y la administradora de pensiones asume el costo financieros adicionales por lo que el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra una vez se ha adquirido dicha calidad, puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de servicios administrativos y financieros y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo.

En cuanto a los gastos de administración, me permito indicar que la comisión de administración, es todo aquello que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado el demandante al sistema general de pensiones, la AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración antes mencionados y para pagar el seguro previsional de la compañía de seguros, descuentos que se encuentran debidamente autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 del 2003, y que opera tanto en el régimen de ahorro individual como en el RPM, pues durante todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado a PROTECCIÓN, mi representada ha administrado los dineros que el mismo ha depositado en su cuenta de ahorro individual, gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, pues PROTECCIÓN es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados, adicionalmente dicha gestión en el presente se ve evidenciada en los buenos rendimientos financieros que se han generado en la cuenta individual del demandante, los cuales se puede observar en el plenario, por lo que no es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por la comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causada durante la administración de los dineros de la cuenta ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como

contraprestación a una buena gestión de administración como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera”

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por un término de cinco (5) días para que presenten alegatos de conclusión.

Dentro del plazo conferido, presentaron alegatos de conclusión COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y el demandante.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no se constituyen en una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado ante el a quo.

2. CONSIDERACIONES

No advierte la sala violación de derecho fundamental alguno, así como tampoco ausencia de presupuestos procesales que conlleven a una nulidad.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en las pruebas aportadas al proceso, la Sala procederá a resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Es ineficaz el traslado de régimen del demandante?, o, por el contrario, ¿es válida su afiliación al RAIS?, y de ser lo primero, ¿procede su retorno automático al RPM, con la devolución de los dineros recibidos con motivo de su afiliación?

¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del RPM?

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se modificará**, por las siguientes razones:

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 que: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”**

Y a su vez, de manera expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para el empleador o cualquier persona natural o jurídica que: **“impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”, con la consecuencia que “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (...).”**

Por su parte, el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, señala que los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, **podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.**

Y a su vez, el inciso 2° del Art. 2 del Decreto 1642 de 1995, que reglamenta la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que **“La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”**

El demandante venía vinculado válidamente al RMP desde el 10 de enero de 1980 (fl. 12) hasta el 1 de octubre de 1999 (f. 153), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PROTECCIÓN S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliado hasta la fecha.

El artículo 11 del Decreto 692 de 1994, establece que el trámite para la selección y vinculación que implica la aceptación de las condiciones propias del régimen para

acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, debe ser libre y voluntario por parte del afiliado, manifestando sin lugar a dudas, que exista la voluntad y el consentimiento debidamente informado de cuáles son las condiciones en las que se va a verificar esa vinculación.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, en el formulario se deberá consignar que la decisión de trasladarse se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, para lo cual el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero esto no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, sus beneficios y desventajas.

A este respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en **sentencia del 3 de septiembre de 2014**, radicación 46292, SL12136 MP. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó que para efectos de optar por alguno de los dos (2) regímenes pensionales existentes “...el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigente, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»;...”

Refiere además la Corporación que, cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la conservación del régimen de prima media con ley 100 de 1993 y sus reformas, o la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se hace necesario, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro, pues a su juicio, “no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.”

Además, ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, las AFP tiene el deber de brindar información a los afiliados o usuarios sobre el

sistema pensional, correspondiendo a los jueces evaluar el cumplimiento de esta obligación; sin que sea suficiente para acreditar el cumplimiento de este deber, el simple consentimiento plasmado en el formulario de afiliación, por lo que se requiere de un «*consentimiento informado*», pues se trata de que el afiliado tenga elementos de juicio que le permitan evaluar la trascendencia de la decisión que adopta, correspondiendo la carga de la prueba respecto a estos aspectos relacionados con el suministro de información a los fondos de pensiones, operando una inversión de la carga probatoria en favor del afiliado demandante¹.

La Corte Suprema en Sentencia SL1452-2019, sostuvo:

“Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de 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).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera”.

Ahora, respecto al deber de información en la sentencia SL1452-2019, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral hace una amplia explicación de la evolución que ha tenido, dividiéndolo en etapas. La corporación sostiene que la prestación de un servicio público esencial con la incursión en el sistema de seguridad social de actores privados, como es el caso de las AFP del RAIS, ha estado desde un principio, sujeta a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba, entendiendo que la escogencia *libre y voluntaria* del régimen pensional necesariamente implica *conocimiento*, el cual solo se obtiene cuando se “saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole”. Encontrándose este

¹ CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL19447-2017; SL 1452-2019; SL 4360-2019.

aspecto establecido desde el Decreto 663 de 1993, y posteriormente en Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Para efectos ilustrativos se transcribe el cuadro de etapas traído en la sentencia mencionada en precedencia.

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que PROTECCIÓN S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, le suministrara al afiliado una “suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras”, situación que no aconteció, pues la única prueba que reposa en el expediente es la suscripción de un formulario de “solicitud de

vinculación” (f. 153), situación que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en él se impone en forma genérica la leyenda de que la escogencia del Régimen de Ahorro Individual se realizó *“en forma libre, espontánea y sin presiones”*.

Así pues, no se demuestra que PROTECCIÓN S.A., haya desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, pues lo cierto es que no se realizó ninguna proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS, ni se le informó respecto de la diferencia en el pago de aportes, y demás condiciones y diferencias entre los dos regímenes pensionales, así como beneficios y desventajas, con lo cual se concluye que no ha cumplido con la carga probatoria que les incumbe a la luz de lo dicho por la jurisprudencia².

No hay prueba en el expediente, y tenía PROTECCIÓN S.A., la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del CC., omisión con la cual se genera la ineficacia del cambio de régimen, en razón a que la vinculación o afiliación al RAIS en estos términos no es válida.

De acuerdo a lo expuesto, es claro para la Sala, que al momento de la afiliación del demandante al RAIS, la administradora no cumplió con el deber de información que le asistía para con el señor SAMUEL JOSÉ ESTRADA MEJÍA, por tanto, en principio procedería la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, no obstante es preciso traer a colación que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, cambió su posición frente a la procedencia de la ineficacia de traslado, cuando al accionante se le hubiere reconocido pensión de vejez en el RAIS (bajo cualquiera de sus modalidades), exponiendo lo siguiente:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con revelar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de las opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima

media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”.

Ahora, si bien la jurisprudencia en cita muestra la nueva postura del tribunal de cierre laboral, esta Sala tal como se indicará a continuación se aparta del precedente, como expresión de la facultad de autonomía judicial con que cuenta, entendiendo que la Corte Constitucional entre otras en sentencia C-621-2015 ha establecido que, la autoridad judicial puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contraargumentación que explique las razones del *apartamiento*, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; **(iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial.**

En primer lugar, la Sala no está de acuerdo con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, en lo que respecta a que la calidad de pensionado sea un hecho imposible de retrotraer, esto por tratarse de una situación jurídica consolidada y un hecho consumado y si bien podría entenderse que en efecto la situación jurídica se encuentra consolidada, no es menos cierto que el origen de dicha situación jurídica es la omisión de información al momento de la afiliación por parte la administradora de fondos de pensiones del RAIS, afiliación que por tanto se encuentra viciada desde su origen por falta de información, siguiendo la misma senda, las consecuencias posteriores de dicha afiliación, como lo es el reconocimiento pensional; en este orden de ideas la consecuencia para los dos actos sería su ineficacia.

En este sentido, es importante resaltar que los vicios del consentimiento generados al momento de la afiliación del actor, no pueden entenderse saneados por adquirir el afiliado el estatus de pensionado, pues los vicios de la voluntad invalidan el acto de afiliación, ya que como lo determina el artículo 1502 del Código Civil, el consentimiento es un factor imperante para que le sean oponibles

los efectos jurídicos de un contrato, aspecto que no es superable por el pasar del tiempo ni por el cambio de calidad de las partes.

Adicionalmente considera la Sala, que la imposibilidad de declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS por falta de información, para el caso de un pensionado, es hacer más gravosa su situación, pues no solo debe soportar la omisión por parte de la administradora de fondos de pensiones, que como se determinó con anterioridad no suministro al afiliado una “suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras”, sino que debe soportar los inconvenientes propios del RAIS frente al RPM, *“...como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales...”*, consecuencias que tienen efectos para el resto de su vida y que no se han causado por actuación atribuible al demandante, sino por el contrario a la conducta indebida de la administradora del RAIS.

Entonces, lejos de entender que las consecuencias del accionar de las administradoras del RAIS deben recaer sobre sus afiliados, la Sala acoge la posición antes adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL 4933-2019, donde determinó:

“En el presente asunto, el demandante ostenta la calidad de pensionado por parte del RAIS, desde el 1 de diciembre de 2009, con el capital proveniente de las cotizaciones por él efectuadas, las que sin duda son necesarias para el reconocimiento de la prestación pensional, en el entendido de que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral.

En efecto, el art. 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

En consecuencia, en virtud de lo previsto en el art. 963 del C.C., al advertirse el actuar indebido de la AFP, esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, para el caso concreto, devolver lo que canceló por el pago de mesadas pensionales desde el 1 de diciembre de 2009, por garantía mínima en el RAIS, además de los bonos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, destinado a la pensión que ahora será reconocida, tal como lo dispuso la sentencia CSJ, SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 que dijo:

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto

es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C”.

Por otro lado, la sentencia SL373-2021, indicó que la no procedencia de la ineficacia de traslado para el caso de pensionados en el RAIS, también estaba motivada por la situación de los bonos pensionales, pues *“puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado debido al pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública”*, sin embargo, es de anotar que el eventual menoscabo al que se refiere la sentencia en cita, se ve superado con lo efectos de la declaratoria de ineficacia tal como lo expuso la propia Corte en sentencia SL761-2022, así:

“Tampoco resulta atinado aducir vulneración al principio de sostenibilidad financiera en razón de la ineficacia del traslado, como lo alega Colpensiones, pues precisamente para no afectarlo se ordenó a Protección SA el traslado de todos los aportes y rendimientos que posee la demandante en su cuenta de ahorro individual, incluidos los saldos, bono pensional, cotizaciones, sumas adicionales, frutos e intereses a la administradora del régimen de prima media, como efecto de la multicitada declaratoria en el que las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban; esto es, como si el traslado nunca hubiera ocurrido (CSJ SL2877-2020).”

Adicionalmente como ya se refirió, como la declaratoria de la ineficacia no obedece al proceder indebido del actor sino de la administradora, *“...ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”* (SL 4933-2019).

Conforme a lo expuesto, la Sala se aparta del precedente actual de la Corte Suprema de Justicia (SL 373-2021) y en su lugar continua con la postura en la que

se posibilita la ineficacia de traslado para quienes hayan alcanzado el estatus de pensionados en el RAIS.

Por otra parte la Corte sostiene que los pensionados del RAIS pueden reclamar el pago de los perjuicios ocasionados por el actuar indebido de la AFP, y lo expuso en los siguientes términos:

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento”.

Sin embargo, considera la Sala que dicha solución en nada remedia lo que pretende la Corte evitar, toda vez el reconocimiento de tal reparación por parte de la AFP afectaría financieramente el sistema, al tener que asumir, esta vez a título de indemnización, el valor dejado de pagar como pensión.

Ahora, siendo procedente la ineficacia del traslado o afiliación al RAIS, respecto de las implicaciones como consecuencia de esta, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4360-2019, estableció que, tanto para la ineficacia como para la nulidad del traslado de régimen, *“...que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda ...”* y esta es que se debe declarar que *“...el negocio jurídico no se ha celebrado jamás”*, sosteniendo que:

“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si

estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”

Teniendo en cuenta lo expuesto por el alto tribunal laboral, dada la declaratoria de la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, se tiene que el actor nunca salió del primero, conservando todos los beneficios a que tuviere derecho de no haberse retirado, esto incluido el beneficio del régimen de transición³. Adicionalmente al establecerse que el demandante nunca dejó el RPM, es COLPENSIONES como administradora de dicho régimen, quien está llamada a reconocer la pensión de vejez, incluido el pago de retroactivo pensional, pues este se genera con ocasión del pago de las mesadas generadas a partir de la causación del derecho y el momento en que se realiza el ingreso en nómina respectivo.

Así las cosas, resulta procedente la condena impuesta por la juez de instancia; se adicionará la sentencia para especificar que los valores a devolver por parte de PROTECCIÓN S.A. corresponden a cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con el porcentaje de gastos de administración en que hubiere incurrido, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, indexados y estos con cargo al propio patrimonio de la administradora del RAIS, conforme lo señala la jurisprudencia⁴.

³ SL4360-2019: *Trayendo a colación lo expuesto y como quiera que en este caso es una medida factible la vuelta al statu quo ante, la Sala declarará la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que Gloria Inés Restrepo nunca migró al régimen privado de pensiones o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, en consecuencia, no perdió los beneficios de la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con más de 35 años de edad al 1.º de abril de 1994 y bajo las reglas del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 alcanzó la densidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez.*

⁴ “Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”

Respecto a la excepción de prescripción que fuera propuesta, considera la sala que no prospera, pues en tratándose de derechos en materia de seguridad social, como la libre escogencia de régimen, se tornan imprescriptibles e irrenunciables conforme lo señala el artículo 48 de la CP y la jurisprudencia⁵.

Ahora bien, una vez verificada la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, procederá la Sala a resolver, si le asiste al demandante derecho al reconocimiento de pensión de vejez por parte de COLPENSIONES.

Para tal efecto es preciso acotar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL3745 -2020, estableció:

“Es necesario recordar que la declaratoria de ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al régimen de ahorro individual, hace que las cosas retornen al estado anterior (CSJ SL4989-2018); por tal razón, es claro que la actora jamás perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993...”

El artículo 36 de Ley 100 de 1993 establece:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

El demandante nació el 5 de marzo de 1954 (f. 11), por tanto, al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 40 años de edad, siendo en principio beneficiario del régimen de transición.

El Acto Legislativo 01 de 2005 estableció límite en el tiempo para acceder a los derechos pensionales en aplicación del régimen de transición, es así como en su

⁵ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

parágrafo transitorio 4 consagró que el beneficio de la transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para quienes tengan cotizadas al menos 750 semanas a la entrada en vigencia de dicha norma (25 de julio de 2005), prorrogándose el beneficio hasta el 31 de diciembre de 2014.

De la historia laboral aportada (fl. 324 - 327) y resumen de aportes de PROTECCIÓN S.A. (f. 182-187), se puede extraer que el demandante cuenta en toda su vida laboral un total de 1877,71 semanas, de las cuales 1300 fueron cotizadas al 25 de julio de 2005, por tanto, el beneficio de la transición, le es aplicable hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha para la cual debe acreditar el lleno de requisitos para acceder a la pensión de vejez, teniendo en cuenta el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aplicado en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, tiene como requisitos para acceder a la prestación por vejez, el cumplimiento de 60 años para el caso de los hombres y acreditar 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión.

Dada la fecha de nacimiento del demandante, el 5 de marzo de 1954, los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2014, acreditando el primer requisito.

Ahora, respecto de las semanas cotizadas, como se indicó, para el año 2005 acreditaba 1300 semanas, sobrepasando las 1000 requeridas, y en toda su vida laboral, hasta el 30 de septiembre de 2016, cuenta con una densidad de 1877,71 semanas cotizadas, siendo preciso indicar que dado que el actor continuó cotizando hasta el 30 de septiembre de 2016, solo a partir del 1 de octubre de 2016, tiene derecho al disfrute de su pensión.

El artículo 36 de Ley 100 de 1993, establece, que, para aquellos beneficiarios del régimen de transición, que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a pensión de vejez, el IBL se calculará con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior. No obstante, si al beneficiario le faltan más de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión, su IBL deberá calcularse bajo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

El demandante nació el 5 de marzo de 1954, al 1 de abril de 1994, contaba con 40 años de edad, faltándole más de 10 años para alcanzar los 60 años, por consiguiente, el cálculo del IBL debe realizarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Realizados los cálculos respectivos, encontró la Sala, con el promedio de aportes de los últimos 10 años, un IBL para el 1 de octubre de 2016 de \$4.083.199, que aplicada una tasa de reemplazo del 90% por más de 1800 semanas cotizadas da un valor de **\$3.674.879**. Con el promedio de aportes de toda la vida laboral resulta un IBL para el 1 de octubre de 2016, de **CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$4.472.834)**, que aplicando una tasa de reemplazo de 90%, resulta en una mesada pensional de **CUATRO MILLONES VEINTICINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$4.025.551)**, siendo esta la opción más favorable al demandante, y ligeramente superior a la reconocida en primera instancia de **\$4.001.095**, por lo que se modificará la decisión al versar la apelación del demandante sobre el monto de la mesada pensional.

A folios 206-207, PROTECCIÓN S.A. hace constar que el actor fue pensionado por vejez a partir del 13 de octubre de 2016. Frente a este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4933-2019 determinó:

“En el presente asunto, el demandante ostenta la calidad de pensionado por parte del RAIS, desde el 1 de diciembre de 2009, con el capital proveniente de las cotizaciones por él efectuadas, las que sin duda son necesarias para el reconocimiento de la prestación pensional, en el entendido de que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral.

En efecto, el art. 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

En consecuencia, en virtud de lo previsto en el art. 963 del C.C., al advertirse el actuar indebido de la AFP, esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, para el caso concreto, devolver lo que canceló por el pago de mesadas pensionales desde el 1 de diciembre de 2009, por garantía mínima en el RAIS, además de los bonos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, destinado a la pensión que ahora será reconocida, tal como lo dispuso la sentencia CSJ, SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 que dijo:

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.

Tampoco puede pasarse por alto, que las pensiones a cargo de Colpensiones se cimientan en un fondo común de naturaleza pública, en el cual los aportes de los afiliados, son distribuidos entre todos para garantizar las prestaciones pensionales que se deriven por las contingencias sociales de invalidez, vejez o muerte. Como resultado de lo anterior, no podría trasladarse a este, los efectos nocivos como la desfinanciación del capital, que surgió al cancelar Porvenir S.A. una mesada pensional inferior a la que le correspondía en el régimen de prima media, de no haberse efectuado el traslado, cuya única responsabilidad recae en esta AFP, al haber omitido su imperioso deber de información.

(...)

En cuanto al retroactivo causado, entiende esta Corporación que si bien la jurisprudencia ha defendido que no hay lugar a la restitución de los dineros recibidos de buena fe, ello ha estado referido a prestaciones periódicas, tales como las pensiones (CSJ SL4489-2018; CSJ SL232-2019), también es cierto que el accionante no podría recibir dos prestaciones por cuenta de un mismo riesgo: la vejez, puesto que iría en contravía de los fines solidarios de la seguridad social.

En consecuencia, en el tiempo en el que el actor recibió la mesada pensional por un salario mínimo por parte de PROTECCIÓN S.A. se debe cancelar la diferencia entre la mesada percibida...”

Ahora bien, de conformidad a lo expuesto por el tribunal de cierre de lo laboral, ha sido determinación de la Sala, condenar a COLPENSIONES al pago de las diferencias pensionales entre la mesada reconocida en el RAIS y la que efectivamente le corresponda en el RPM. No obstante, en el numeral OCTAVO de la sentencia objeto de estudio, el a quo resolvió: “CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a pagar la diferencia generada entre la mesada pagada y la mesada real que se reconoció por esa entidad, la cual asciende a \$58.487.426 con corte al 31 de diciembre del año 2019.”, sin que este punto sea objeto de apelación y dado que también se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de

COLPENSIONES no es posible modificar la decisión en detrimento esta última entidad.

Así las cosas, por concepto de diferencias entre la mesada pensional del RAIS y la del RPM, causadas desde el 1 de octubre de 2016 y al 28 de febrero de 2022, PROTECCIÓN S.A. debe pagar al demandante la suma de **CIENTO DIECIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$118.465.452)**. A partir del 1 de marzo de 2022, COLPENSIONES deberá continuar pagando una mesada pensional de **CINCO MILLONES NOVENTA Y TRES MIL CIENTO NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$5.093.194)**.

DESDE	HASTA	VARIACION	#MES	MESADA CALCULADA	MESADA PROTECCIÓN S.A.	DIFERENCIA	RETROACTIVO
1/10/2016	31/10/2016	0,0575	1,00	\$ 4.025.551	\$ 1.647.478	\$ 2.378.073	\$ 2.378.073
1/11/2016	30/11/2016		2,00	\$ 4.025.551	\$ 2.745.796	\$ 1.279.755	\$ 2.559.510
1/12/2016	31/12/2016		1,00	\$ 4.025.551	\$ 2.903.679	\$ 1.121.872	\$ 1.121.872
1/01/2017	31/12/2017	0,0409	13,00	\$ 4.257.020	\$ 2.903.679	\$ 1.353.341	\$ 17.593.435
1/01/2018	31/12/2018	0,0318	13,00	\$ 4.431.132	\$ 2.903.679	\$ 1.527.453	\$ 19.856.893
1/01/2019	31/12/2019	0,0380	13,00	\$ 4.572.042	\$ 2.903.679	\$ 1.668.363	\$ 21.688.723
1/01/2020	31/12/2020	0,0161	13,00	\$ 4.745.780	\$ 2.903.679	\$ 1.842.101	\$ 23.947.312
1/01/2021	31/12/2021	0,0562	13,00	\$ 4.822.187	\$ 2.903.679	\$ 1.918.508	\$ 24.940.604
1/01/2022	28/02/2022		2,00	\$ 5.093.194	\$ 2.903.679	\$ 2.189.515	\$ 4.379.030
TOTAL RETROACTIVO DE LA DIFERENCIA							\$ 118.465.452

Conforme a lo expuesto, se modificará la sentencia bajo estudio, condenando en costas a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES. No se causan costas por la consulta <artículo 392 CPC, modificado artículo 365 CGP, aplicable por analogía, artículo 145 CPTSS>.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta 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 **CUARTO** de la sentencia No. 22 del 27 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver los valores correspondientes a cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas

adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con el porcentaje de gastos de administración, este indexado y con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- MODIFICAR el numeral **SEXTO** de la sentencia No. 22 del 27 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al señor **SAMUEL JOSÉ ESTRADA MEJÍA** de notas civiles conocidas en el proceso, pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1 de octubre de 2016, con una mesada inicial de **CUATRO MILLONES VEINTICINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$4.025.551)**. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

TERCERO.- MODIFICAR el numeral **SÉPTIMO** de la sentencia No. 22 del 27 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar mesadas pensionales a favor del señor **SAMUEL JOSÉ ESTRADA MEJÍA**, **SOLO** a partir del 1 de marzo de 2022, en cuantía de **CINCO MILLONES NOVENTA Y TRES MIL CIENTO NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$5.093.194)**. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

CUARTO.- MODIFICAR el numeral **OCTAVO** de la sentencia No. 22 del 27 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, a pagar la diferencia generada entre la mesada pagada y la mesada reconocida en este proceso, la cual asciende a la suma de **CIENTO DIECIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$118.465.452)**, con corte al 28 de febrero de 2022.

QUINTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

SEXTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, y **COLPENSIONES** en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una de ellas. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P. **SIN COSTAS** por la consulta.

SÉPTIMO.- NOTIFÍQUESE esta decisión mediante inserción en la página web de la Rama Judicial. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-006-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/29>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARY ELENA SOLARTE MELO

Con firma electrónica


ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO


GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

Mary Elena Solarte Melo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 006 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0d6310860f010b9853395fdb74a3b2fb7b411b436935d0ddca0101c926f140ed**

Documento generado en 31/05/2022 06:53:50 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>