



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADA PONENTE**

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARLOS EDUARDO MERA** contra la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

EXP. 76001-31-05-005-2021-00176-01

Santiago de Cali, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente probada por esta Sala, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuesto por Colfondos S.A. y Colpensiones, en contra de la sentencia n°. 197 del 11 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º. 405

I. ANTECEDENTES

El señor Carlos Eduardo Mera presentó demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Colfondos, con el fin que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por él, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A.

En consecuencia, se ordene su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones, y; se imponga a Colfondos S.A., la obligación de trasladar el capital ahorrado en la cuenta individual.

De igual forma, solicitó que el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 12 de octubre de 2020, en cuantía de \$2.422.167,34 teniendo como tasa de reemplazo el 69,39%, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas reconocidas y que no sean sujetas del pago de intereses moratorios, y las costas del proceso.

Presentó como pretensiones subsidiarias que se condene a Colfondos S.A. a pagar el monto de la pensión de vejez, a partir del 10 de agosto de 2018, en cuantía de \$2.422.167,34 teniendo en cuenta para su liquidación el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral, calculando un IBL de \$3.490.657,64, y aplicando una tasa de reemplazo del 69,39%, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas reconocidas y que no sean sujetas del pago de intereses moratorios.

Como sustento de sus pretensiones dijo que, inició cotizaciones para los riesgos de IVM en el otrora Instituto de Seguros Sociales hoy

Colpensiones para el año de 1990, acumulando un total de 603,57 semanas.

Seguidamente, manifestó que, realizó el traslado del RPMPD al RAIS, administrado por Colfondos S.A. el 12 de julio de 2001, sin recibir por parte de aquel, la información que debía proveerse al momento de ser afiliado o trasladado de régimen pensional, como tampoco en posterioridad se le hizo entrega de los cálculos o proyecciones respecto de su futuro pensional.

Expuso que, a través de apoderado para el 17 de septiembre de 2020, solicitó a Colfondos toda la información referente al traslado realizado por él a esa administradora, incluyendo el formulario de afiliación, así como los cálculos matemáticos y financieros mediante los cuales se hicieron las proyecciones respecto de su situación pensional, a lo que la requerida entregó copia del formulario de afiliación, y le indicó que la información sobre los beneficios, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, había manifestado entenderlas y aceptarlas al momento de suscribirlo el ya citado formulario.

Para el 3 de octubre de 2020, solicitó ante Colpensiones que se tuviera por nulo en traslado efectuado hacía Colfondos S.A., se ordenara su regreso, y se reconociera y pagara la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios que hubiere lugar.

Posteriormente, el día 20 del mismo mes y año, peticionó a Colfondos S.A. que se tuviera por nulo en traslado efectuado desde Colpensiones a la demandada antes mencionada.

Mediante auto interlocutorio No. 729 del 14 de mayo de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali admitió la demanda en contra de Colpensiones y Colfondos S.A.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES, en su pronunciamiento contrapuso cada una de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, toda vez la decisión de traslado correspondió a una decisión libre, voluntaria y con total conocimiento.

Expresó que el demandante a la fecha cuenta con 63 años, por lo tanto, tenía ya acreditada la edad para ser beneficiario de la pensión de vejez. Aunado a lo anterior, se encuentra imposibilitado para trasladarse, en atención a la prohibición consagrada en el literal E del artículo 13, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

De lo expuesto, propuso como exceptivas de mérito como la de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; la innominada; buena fe; prescripción; y la de legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad. (f. 9 a 19 del archivo 08 ED).

COLFONDOS S.A., en el mismo sentido se opuso a cada una de las pretensiones, argumentó el demandante se encuentra válidamente afiliado, que la decisión de traslado fue libre e informada, brindando una asesoría integral, especializada e idónea, y aquel tuvo un consentimiento informado de las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS, así como el valor real de la pensión una vez se cumplieran los requisitos para acceder a esta.

Arguyó que no es válido que, después de estar por más de 22 años afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,

cuando evidenció que no logró cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda obtener la anulación de una afiliación completamente legal, además que, no hizo uso de la oportunidad sobre su derecho de retracto.

Conforme lo dicho, propuso como exceptivas de mérito la inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago. (f. 2 a 19 del archivo 10 ED).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n.º. 197 del 11 de mayo de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR *no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.*

SEGUNDO: DECLARAR *la ineficacia del traslado realizado por CARLOS EDUARDO MERA del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, administrado por COLFONDOS S.A.*

En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin Solución de continuidad.

TERCERO: ORDENAR a las **AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, traslade al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación del demandante **señor CARLOS EDUARDO MERA al RAIS**, Junto con sus rendimientos. De igual modo, La AFP, deberá devolver a Colpensiones 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ellos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez la **AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** de cumplimiento a lo anterior, procesa a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor del demandante **CARLOS EDUARDO MERA** y activar su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR que el señor **CARLOS EDUARDO MERA** tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez que establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a partir del 13 de octubre del 2.020, en los siguientes montos y tanto para las mesadas pensionales ordinarias como para una adicional, debiendo realizar los aumentos anuales establecidos en la ley:

AÑO	MESADA CALCULADA
2020	\$2.558.024
2021	\$2.599.209
2022	\$2.745.284

SEXTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a pagar el retroactivo pensional a los herederos del señor **CARLOS EDUARDO MERA**, debiendo aportar la parte interesada la respectiva sucesión procesal y el registro civil de defunción para tal efecto, el cual liquidara Colpensiones desde el 13/10/2020 hasta la fecha de su deceso, retroactivo que debe ser cancelado a los herederos de forma indexada, previo cumplimiento de los requisitos legales, se autoriza a Colpensiones para que del retroactivo realice los respectivos descuentos para salud.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de las demás pretensiones formuladas en su contra.

OCTAVO: CONDENAR en costas a las demandadas y se fija la suma de un (1) SMMLV, a cargo de COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES como agencias en derecho, a favor de la parte actora.

NOVENO: En caso de no ser apelada por parte de Colpensiones se remite en Consulta al Tribunal Superior de Cali, por ser desfavorable para esta entidad.

Como fundamento de su decisión, manifestó inicialmente la potestad que tienen los trabajadores de elegir entre los dos regímenes pensionales, y que conforme con la normatividad las AFP tienen el

deber de información para con sus posibles afiliados, además que, está dentro de su obligación la realización de una doble asesoría en pro de que pueda tomar la decisión más favorable.

Por otro lado dijo que, en sentencia SL1421 de 2021 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, ilustró que las AFP tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente para que el afiliado pueda elegir entre las distintas opciones del mercado, conociendo las ventajas, desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Manifestó que en el presente caso Colfondos S.A., no probó haber brindado información clara, suficiente y calificada a la demandante, en la forma como la jurisprudencia así lo dispuso, toda vez que no se le explicó las consecuencias de aquel traslado de régimen, ni hubo la doble asesoría.

Por último, declaró que no era procedente la excepción de prescripción dado el carácter imprescriptible de la acción.

En consecuencia, accedió a la pretendida ineficacia, para seguidamente a realizar el estudio del reconocimiento de la pensión de vejez.

Arguyó que el demandante cumplió condiciones artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para el reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo la edad y un total de 1568 semanas. Seguidamente, realizó una exposición que el IBL más favorable es el promedio de toda la vida laboral con una tasa de reemplazo del 70,95%, con una fecha de disfrute desde el 13 de octubre de 2020, con 13 mesadas anuales.

Frente al retroactivo pensional expresó que este no se liquidará, porque revisada la página del RUAF se observó el estado de la afiliación del demandante como fallecido, y no obró dentro del expediente registro de defunción, por lo tanto, se desconoció la fecha del deceso.

Respecto de los intereses moratorios dijo que no puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensiones, toda vez que Colpensiones no tenía la obligación legal de reconocerla por encontrarse a esa fecha afiliado al RAIS, lo que si procede es la indexación al retroactivo pensional.

De las restantes excepciones de mérito y en especial a la prescripción arguyó que, ante la declaratoria de ineficacia aquellas se declararon no probadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, manifestó que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS por decisión propia tal como se pudo apreciar en los formularios de afiliación, sin haber mostrado inconformidad durante el tiempo que estuvieron ahí vinculados, además que, la ley prohíbe su traslado en atención a que se encuentra a menos de 10 años para ser acreedor del derecho de pensión.

Que respecto al suministro de la información completa a posibles afiliados, solo fue obligatorio hasta la promulgación del decreto 2071 de 2015, por lo tanto, no puede ser retroactivo de ahí que no se pueda aplicar al presente caso.

COLFONDOS S.A., de igual firma interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada, bajo el argumento que el traslado de régimen del actor al RAIS se realizó con el lleno de los requisitos legales y con ausencia de nulidad, pues aquel consintió el traslado.

Que respecto de los gastos de administración la demandada no ha faltado a ningún deber legal, y que esos valores se encuentran autorizados por la Ley 100 de 1993, y que realizar esa devolución constituiría un enriquecimiento indebido.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta, en favor de Colpensiones conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n.º. 577 del 22 de noviembre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado el apoderado de Colpensiones, en términos similares a lo expuesto en la alzada y la contestación de la demanda, el cual puede ser consultado en el archivo 05 del Cuaderno Tribunal ED, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

V. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 66A y siguientes del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el tema puntual

que es objeto de examen en esta oportunidad, será establecer si se demostró en el plenario que Colfondos S.A. cumplió con el deber legal de brindarle información relevante al señor Carlos Eduardo Mera al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación, y sus efectos respecto de la administradora del RAIS.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, la condena en costas, y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración, primas y rendimientos.

De prosperar lo anterior, se analizará si el actor acreditó los requisitos para acceder a la pensión de vejez que reclama del régimen de prima media, y de ser procedente, se estudiará la fecha de efectividad de esta, la cuantía de la mesada, el retroactivo y la procedencia de los intereses moratorios reclamados.

Con tal propósito, la Sala comienza por precisar los supuestos que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- i)** Que el señor Carlos Eduardo Mera nació el 12 de octubre de 1958, según se extrae de la cédula de ciudadanía aportada junto con la demanda. (f. 3 del archivo 06 ED).
- ii)** Que estando afiliado al ISS hoy Colpensiones, entidad a la que realizó aportes entre los años de 1990 y 2001, fecha en que decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Colfondos S.A. (f. 23 del archivo 06 ED).
- iii)** Para el 3 de octubre de 2020, solicitó ante Colpensiones que se tuviera por nulo en traslado efectuado hacía Colfondos S.A., se ordenara su regreso, y se reconociera y pagara la

pensión de vejez, junto con los intereses moratorios que hubiere lugar.

- iv) Posteriormente, para el 20 del mismo mes y año, peticionó a Colfondos S.A. que se tuviera por nulo en traslado efectuado desde Colpensiones a la demandada antes mencionada.
- v) Según lo manifestado por el *A quo*, junto con lo afirmado por la apoderada de la parte actora y verificada la página del RUAF, se observó el estado de la afiliación del demandante como fallecido.

Dicho lo anterior, y previo a resolver el asunto, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que por regla general las normas jurídicas y la jurisprudencia deben ser tomadas en consideración.

De la ineficacia del traslado.

Pasando al asunto *sub judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993, reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser

obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión libre y voluntaria del literal b) artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido, ha discernido la Corte que no puede alegarse *«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»*¹.

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*.

¹ Sentencia SL 12136 de 2014.

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se encontraban en el deber de garantizar una afiliación libre y voluntaria, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiese traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

De lo anterior se desata también, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente

para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, que dentro del proceso de las pruebas obrantes dentro del expediente, entre estas el formulario de solicitud de afiliación a Colfondos S.A., el historial laboral del demandante (f. 23 a 29 del archivo 06 del ED) y el certificado SIAFP de Asofondos que muestra el traslado Colfondos S.A. (f. 20 y 21 del archivo 10 del ED), más nada se indicó por las demandadas respecto de las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, debe resaltarse que la jurisprudencia también ha expresado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 del Código General del Proceso, ante la existencia de *«afirmaciones o negaciones indefinidas»*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiéndose acreditar por la contraparte en este caso la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **«(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)»**².(Negrilla y Subraya fuera de texto).

² Corte Suprema de Justicia, sentencia SL2817 de 2019.

De ahí que no puede pretenderse que el señor Carlos Eduardo Mera acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Resáltese que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte de los entes administradores del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia, y en las condiciones explicadas.

Se observa así, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración

necesaria para que este tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de 20 años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a las pasivas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el afiliado se trasladó a Colfondos S.A., no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la re asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer.

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, porque es precisamente cuando ya se encuentra *ad portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que la llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Corolario de lo expuesto estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de Colfondos S.A., entidad con la cual se materializó el traslado, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de Colfondos S.A. y Colpensiones.

En este orden, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP Colfondos S.A., no existen razones para que aquella no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de Colpensiones, quien al recibir al actor tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe percibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas.

Sobre este último tópico, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue

originada en la conducta inapropiada 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 deberán ser asumidos por la AFP Colfondos S.A. con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Entonces, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones³.

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a Colpensiones, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por Colfondos S.A., pues pese a que el literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, y a que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contempla el

³ Corte Suprema de Justicia, sentencias SL 37989, SL 4964 y SL4989 de 2018, SL1421 y SL1688 de 2019.

traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

Igualmente, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio⁴.

Finalmente, de la revisión realizada a la condena en costas, considera la Sala que como quiera que esta imposición simplemente se trata de una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 del Código General del proceso. Además, solo basta con revisar el curso del proceso para advertir sin mayor dificultad, su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencias SL1421 y SL1688 de 2019, y SL638 de 2020

En relación con la excepción de prescripción, la misma está llamada a no prosperar por el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por corresponder a pretensiones declarativas, y porque al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, concepción extendida a los derechos económicos que de esta acción emanen, como la posibilidad de que el capital cotizado sea devuelto en su totalidad al régimen de prima media, en la medida en que el traslado de estos valores no atienden a ser un resarcimiento patrimonial, sino que responden al derecho irrenunciable a la seguridad social. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, y recientemente en sentencia SL1214-2022, sumado a que tampoco debe verificarse la prescripción del contrato de seguros, al no ser el punto de debate dentro del particular, en tanto esta contratación no inmiscuye los intereses mínimos protegidos a la demandante.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia en el aspecto descrito.

De la pensión de vejez

En relación con el segundo problema jurídico, esto es, el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, no hay duda que la norma rectora del derecho pensional del demandante es el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual dispone, en lo que interesa al presente asunto, que tienen derecho a la pensión de vejez

los hombres que cumplan 60 años de edad, la que se incrementará a 62 años a partir de 1º de enero de 2014; y haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, las que a partir del 1o. de enero del año 2005 se incrementaron en 50, y desde el 1º de enero de 2006 se incrementaron en 25 cada año, hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Advierte la Sala que el demandante no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, solo contaba con 35 años, fecha nacimiento 12 de octubre de 1958 (f. 3 del archivo 06 del ED), y de otro lado, de acuerdo al cómputo de semanas efectuado por la Sala, con base en la historia laboral aportada (f. 24 a 29 del archivo 06 del ED), para el 1º de abril de 1994 el promotor de la acción tenía en su haber 218 semanas cotizadas, que representan menos de 15 años (750 semanas) que exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como segundo supuesto de hecho para acceder al beneficio del régimen de transición.

Tenemos entonces, que el señor Carlos Eduardo Mera cumplió los 62 años de edad el 12 de octubre de 2020 *-nació el 12 de octubre de 1958* (f. 3 del archivo 06 del ED)-, época para la cual se exigían un mínimo de 1.300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, las que acredita con suficiencia, como quiera que en ese momento alcanza 2013 semanas de cotización, suficientes para ser derecho de la pensión reclamada, prestación que a bien tuvo reconocer el *A quo* a razón de 13 mesadas, como quiera que se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011.

En este horizonte, al encontrarse acreditado el derecho que le asiste al accionante a gozar de pensión de vejez, lo que le corresponde

a esta Corporación es establecer la fecha de efectividad de la misma, de modo que es indispensable traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5603 de 2016 en la que puntualizó que *«(...) cuando la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe pagarse con antelación a la desafiliación formal del sistema. Aclarando que, si bien la regla general es la desvinculación al sistema, existen condiciones especiales que ameritan una interpretación del contexto como es el caso en que el afiliado exterioriza su intención de desafiliarse del sistema (...)*».

Si bien dentro de la historia laboral del demandante no se reporta retiro, puesto que su última cotización la realizó en agosto de 2020, lo cierto es que presentó reclamación administrativa para el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones para hacerse efectiva al momento de haber cumplido el requisito de edad (f. 24 a 29 del archivo 06 del ED), de lo cual se desprende que con la misma el señor Carlos Eduardo Mera exteriorizó su voluntad de no continuar cotizando al sistema y acceder al beneficio pensional; por consiguiente, el demandante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez a partir del 12 de octubre de 2020, data en la que de manera tácita el demandante realizó su desvinculación del sistema, por lo que en este aspecto se confirmará la decisión de primera instancia.

Frente a la cuantía de la misma, una vez efectuadas las operaciones correspondientes se comprobó que el método de liquidación que le es más favorable al actor es el determinado con el promedio de las cotizaciones efectuadas durante toda su vida laboral; así mismo, se advierte con las operaciones aritméticas realizadas por la Sala, que el monto pensional obtenido por el *A quo* no afecta el

patrimonio de Colpensiones, entidad a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta por ese aspecto, razón por la cual se mantendrá la suma calculada en primera instancia.

En relación con la excepción de prescripción la misma se despachará desfavorablemente en razón a que no transcurrieron los tres (3) años que establece la ley para su configuración, como quiera que el derecho a percibir pensión nació el 12 de octubre de 2020.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el retroactivo pensional, para esta Corporación se dará valor a lo manifestado por el *A quo* y confirmado por la apoderada de la parte actora, en que el demandante a la fecha de proferir la sentencia de primera instancia se encuentra fallecido y no se aportó registro civil de defunción, por lo tanto, es desconocida la data de su deceso, no se procederá a realizar la liquidación, y deberá *«aportar la parte interesada la respectiva sucesión procesal y el registro civil de defunción para tal efecto, el cual liquidara Colpensiones desde el 13/10/2020 hasta la fecha de su deceso, retroactivo que debe ser cancelado a los herederos de forma indexada, previo cumplimiento de los requisitos legales, se autoriza a Colpensiones para que del retroactivo realice los respectivos descuentos para salud»*.

Se confirma la sentencia en el sentido de autorizar a Colpensiones para que del retroactivo y mesadas pensionales ordinarias que le corresponda pagar, descuenta los aportes con destino al Sistema de Salud, y a pagar indexadas las sumas debidas al accionante.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Colfondos S.A. las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija

como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMMLV a cada una.

Sin que sean necesarias más consideraciones, 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia n.º. 197 del 11 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia está a cargo de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a cada una.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos Judiciales

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
Actos Judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
En ausencia justificada