



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-006-2021-00112-01
Juzgado de primera instancia:	Sexto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Cristian Vargas Cobo
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona, revoca y confirma sentencia – Ineficacia del traslado de régimen pensional- y reconocimiento pensional.
Sentencia escrita No.	298

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales del demandante y Porvenir SA., contra la sentencia No. 140 emitida el 14 de junio de 2022. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare en su favor: **i)** La nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. y, en consecuencia, se tenga al demandante como afiliado a Colpensiones. **ii)** Ordenar a Colfondos S.A. a devolver los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos. **iii)** Ordenar a Colpensiones a recibir en calidad de afiliado al actor, sin dilaciones administrativas, así como los aportes de Colfondos S.A., junto con sus rendimientos. **lii)** Ordenar a Colpensiones a pagar a favor del actor la pensión de vejez a partir del 11 de agosto de 2020, conforme a lo establecido en el Art. 33 de la Ley 100 de 1993. **iv).** Condenar a Colpensiones a pagar al actor los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las mesadas que no han sido canceladas. **v)** Al pago de costas y agencias en derecho, así como a la aplicación de los principios ultra y extra petita. (Fls. 02 a 18 –Archivo 1Expediente.PDF, Archivo 05 Subsanación.PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 03 a 15 Archivo 16.PDF En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

2.2. Colfondos S.A.

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 02 a 15. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

2.3. Porvenir S.A..

La AFP Porvenir S.A. intervino mediante escrito visible a folios 02 a 21 Archivo 14.PDF. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *a quo* dictó sentencia No. 140 emitida el 14 de junio de 2022. En su parte resolutive, decidió: **“Primero, declarar la ineficacia del traslado efectuado por el señor Cristian Vargas Cobo del régimen de prima media administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. el cual tuvo lugar el 01 de octubre de 1997. Segundo, imponer a Colpensiones la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales al Afiliado (a). Tercero, ordenar a Colfondos S.A trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por el demandante y el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada. Cuarto, no dar prosperidad a las excepciones de fondo propuestas por las demandadas. Quinto, absolver a las demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por el actor. Sexto, condenar en costas a la parte vencida en juicio. Séptimo, consúltese la sentencia ante el Superior.”**

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP tiene la obligación de suministrar información objetiva sobre regímenes, pues la falta de ello genera un engaño, por tal motivo, la carga de la prueba se traslada del demandante al fondo privado. Éste debe probar que efectivamente brindó la información en los términos indicados por la norma y la jurisprudencia.

Señaló que cuando no existe prueba, la consecuencia es la ineficacia del acto jurídico del traslado generando que las cosas vuelvan a su estado inicial. Advirtió que con el solo formulario no demuestra el haber suministrado información suficiente al afiliado al momento del traslado. Por tanto, y dado que no se probó el deber de información, debe declararse la ineficacia del traslado. Reiteró que de las pruebas allegadas al plenario existen suficientes argumentos de hecho y derecho para declarar la ineficacia del traslado que realizó el demandante. Ordenó por tanto a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por el demandante con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración causados durante la vigencia de la afiliación a la AFP del RAIS teniendo en cuenta que el actuar

de esta fue la que dio lugar a la ineficacia del traslado y en consecuencia deberá padecer los efectos negativos de aquel hecho.

Finalmente, no accedió al reconocimiento de la pensión de vejez, por considerar que es la AFP del RPM en primer orden la encargada de realizar el estudio del cumplimiento de los requisitos de edad, semanas cotizadas, norma aplicable, entre otros, con los que cuente el afiliado para el reconocimiento y pago de la prestación tal como se ordena en el inciso 3º del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003. Agrega que Colpensiones no ha tenido la oportunidad de analizar las condiciones del demandante. En consecuencia, absolvió a las demandadas de los demás pedimentos de la demanda.

4. Las apelaciones.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales del demandante y de Porvenir, formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación del actor.

Apoya su censura en que el demandante presentó solicitud ante Colpensiones de ineficacia y reconocimiento de la pensión de vejez desde el 10 de febrero de 2021. Considera que el actor cumple con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 para el reconocimiento de dicha prestación económica, al contar con más de 62 años de edad y superar las 1.300 semanas cotizadas al 11 de agosto de 2020. Por tanto, pide se condene al pago del retroactivo pensional desde ésta última calenda.

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

Plantea recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por la Juez de Primer Grado. Expresó que el actor alegó vicios del consentimiento, los cuales quedaron en simples afirmaciones carentes de sustento legal y que debieron ser despachadas desfavorablemente toda vez que no fueron demostrados por ningún medio de prueba. Porvenir S.A. no incurrió en las conductas que falazmente se adujeron en la demanda. Señala que se le proporcionaron los

elementos necesarios para que al actor realizara su afiliación de manera libre y voluntaria. Dentro de la oportunidad el actor no hizo uso del derecho de retracto que le asistía. Las normas que regían para la época de traslado de régimen pensional no exigían la obligación de asesoría que respecta a la favorabilidad de uno y otro régimen o monto de la pensión, entre otros, pues dicha obligación surgió a partir del 2014. Finalmente solicita dar aplicación a las excepciones propuestas, teniendo en cuenta que la acción versa no sobre la adquisición o negación del derecho pensional como tal, sino que está encaminado a obtener la ineficacia del sistema pensional con el propósito de obtener no el derecho mismo sino uno de mayor valor de la mesada pensional, así como la revocación de la condena en costas y agencias en derecho.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020, se pronunciaron, así:

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

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 4 a 9, archivo 04 PDF, el demandante lo hizo en documento visible a folios 2 a 5, Archivo 05 PDF y Porvenir S.A., también lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 11, archivo 06 PDF (cuaderno Tribunal). Colfondos guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿Es acertado ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones, gastos de administración, los rendimientos, y bonos pensionales, incluya las primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. el traslado de los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio por el tiempo de afiliación de la parte actora, indexados?

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

1.4. ¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003? De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿operó la prescripción de las mesadas pensionales? y de ser así: ¿Procede la condena por retroactivo pensional desde que adquirió el actor su status pensional, o desde que cesan los aportes al sistema?

1.5. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a la demandada Porvenir S.A.?

2. Respuesta a los interrogantes planteados.

2.1 ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *a quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. demostrar que la afiliación del demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

2.1.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

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

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

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de Porvenir social, tienen el: “*deber de proporcionar a sus*

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

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

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

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

autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.1.2. Caso en concreto.

Previo a abordar esta temática, la Sala debe precisar que, en el escrito de demanda inicial el actor solicitó que se declarara la nulidad del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad. No obstante, la Sala también pone de presente que, aunque el actor requirió la nulidad del traslado, al momento de referir los supuestos de hecho en los que sustentó tales pedimentos, hizo alusión a la omisión de las AFP convocadas de informarle con suficiencia y de manera clara y oportuna, las consecuencias que conllevaba el cambio de régimen pensional, así como también los beneficios y desventajas que ello implicaría.

En consecuencia, se resalta que, aunque el actor incurrió en una imprecisión, lo que en realidad alegó fue que la entidad accionada no le suministró los elementos de juicio o información necesarios para tomar adecuadamente la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual; asuntos estos que constituyen el tema a estudiar. Hecha esta aclaración, se tiene que la jurisprudencia enseña que a las administradoras de pensiones les corresponde dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional, lo que se traduce en un deber de acreditar en el proceso que suministraron al afiliado los suficientes datos y explicaciones del traslado respectivo.

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹, Colfondos S.A.², Porvenir S.A.³, los formularios de afiliación⁴, bono pensional⁵ y del historial de vinculaciones de Asofondos⁶, se desprende que, el accionante Cristian Vargas Cobo, ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 26

¹ Pág. 4 a 10 Archivo 09 Historia Laboral.PDF

² Pág. 29 a 40 Archivo 10. PDF

³ Pág. 102 a 105 Archivo 14.PDF

⁴ Pág. 89 Archivo 14.PDF y 25 Archivo 10.PDF

⁵ Pág. 106 Archivo 14. PDF

⁶ Pág.86 a 87 Archivo 14. PDF y 28 Archivo 10.PDF

de septiembre de 1976 al 31 de agosto de 1997⁷.

- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el actor se trasladó del régimen a Colpatria hoy Porvenir el 30 de agosto de 1997 y con fecha efectividad del 01 de octubre de 1997 al 30 de junio de 2000. Posteriormente se dio a partir del 01 de julio de 2000 el traslado a Colfondos. Fondo pensional al cual se encuentra a la fecha vinculado.

En la demanda se argumenta que, en el acto de vinculación del actor al RAIS, estuvo mediado de engaño, al ofrecerle beneficios irreales que le generaron expectativas falsas basadas en publicidad engañosa, sin un estudio claro y objetivo sobre el resultado final de las consecuencias. Alude que las AFP faltaron al deber de información al no señalarle de manera completa, veraz y eficiente: 1) sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría en el de prima media, 2) las ventajas y desventajas del cambio de régimen y del derecho de retracto. Y 3) no se le realizó una proyección de su mesada pensional.

Dígase además que en interrogatorio de parte el actor indicó que no goza de pensión de vejez ni de invalidez. Informó que no ha solicitado a Porvenir el reconocimiento de dichas prestaciones económicas. Advirtió que el traslado se dio, porque en la oficina donde trabajaban le entregaron el Formulario de Vinculación con sus datos completos, para que lo firmara, señalándole que el ISS se iba a acabar, que era mejor trasladarse a un fondo privado porque podían perder sus aportes. (Mto. 14:32 a 19:50 Archivo 23.MP4).

Para la Sala, los fondos privados no demostraron haber brindado, al demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020). Y de las documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado

⁷ Pág. 4 a 10 Archivo 09 Historia Laboral.PDF

afiliado el accionante.

Nótese, además, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia de los traslados, al no haberse demostrado que se suministró a la parte demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2. ¿Es acertado ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones, gastos de administración, los rendimientos, y bonos pensionales, incluya las primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. el traslado de los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio por el tiempo de afiliación de la parte actora, indexados?

La respuesta es **positiva**. Colfondos S.A. debe trasladar además de los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones con sus rendimientos financieros, bonos pensionales, también debe devolver a Colpensiones los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. A Porvenir S.A. le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad. Por lo tanto, se deberá adicionar la sentencia en este sentido.

2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

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

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la parte afiliada estuvo vinculada a cada uno de los fondos privados del RAIS, en providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: ***“...la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si***

participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, **las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**". Por lo tanto, la sentencia apelada se encuentra ajustada a derecho.

Frente a la devolución del bono pensional, la orden debe entenderse bajo la condición de que el demandante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario, se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento (SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros).

Finalmente, deviene procedente ordenar la devolución del **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, por cuanto el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021). Asimismo, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021.

La jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada. Al respecto, se señaló en sentencia SL3199-2021 lo siguiente:

"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias

utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

En consecuencia, se deberá adicionar la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos, los gastos de administración, también las primas de seguros previsionales y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y con cargo a su propio recurso. A Porvenir S.A. le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad.

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

La respuesta a este interrogante es negativa. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la prescripción no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado.

2.4. ¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003? De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿operó la prescripción de las mesadas pensionales? y de ser así: ¿Procede la condena por retroactivo pensional desde que adquirió el actor su status pensional, o desde que cesó los aportes al sistema?

La respuesta este interrogante es **positiva**. Lo anterior, por cuanto se encontró que luego de declararse la ineficacia del traslado, es viable que el juez de

instancia, al constatar el cumplimiento de los requisitos mínimos, proceda a otorgar la pensión de vejez por cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. En ese sentido hay lugar a revocar el fallo emitido en primer grado en ese sentido, pues Colpensiones debe reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez, una vez acredite el retiro al sistema general de pensiones. Prestación que deberá ser liquidada en los términos del artículo 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

2.4.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

En cuanto al reconocimiento al derecho a la pensión de vejez, a cargo de Colpensiones, no acierta la juez al determinar, que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, conlleva a que sea aquella administradora sólo estaba obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez, una vez se recibiera los ahorros y recursos de la cuenta de ahorro individual, por parte de la AFP Colfondos S.A., para que pueda entrar a analizar las condiciones del actor de manera integral de conformidad con el inciso 3º del párrafo 1º del artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003.

El demandante Cristian Vargas Cobo, reunió los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003. De un lado, para el año 2020 cumplió con 62 años de edad, pues su nacimiento tuvo lugar el 11 de agosto de 1958⁸. De otro lado, tiene acreditadas más de 1.517.57 semanas de cotización para el año 2019. En efecto, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM administrado por el ISS, hoy Colpensiones, realizó **906.29** semanas de cotización⁹; y en el régimen de ahorro individual con solidaridad **a agosto de 2019**, un total de **611.28** - sumadas da un total de **1.517.57** semanas- como se advierte de la historia laboral emitida por Colfondos S.A.¹⁰.

Sin embargo, a diferencia de lo pretendido por el extremo activo, en los términos del artículo 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, al cual se acude por

⁸ Pág. 51 Archivo 05. -PDF-

⁹ Pág. 5 Archivo 09 HistoriaColpensiones-PDF-

¹⁰ Pág. 35 Archivo 05.PDF

remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, no es viable o exigible su disfrute, por cuanto como se avizora en el reporte de estado de cuenta del afiliado detallado emitida por Colfondos S.A.¹¹ acreditaciones sin empleador para el mes de **agosto de 2021 y radicó la demanda el 01 de marzo del mismo año**¹², es decir, no se registra desafiliación formal o retiro del sistema.

Así las cosas, en la situación fáctica descrita y acreditada en el proceso, y bajo la normativa aplicable, advierte la Sala que es pertinente impartir a Colpensiones la orden de reconocer y pagar al demandante la prestación pensional, una vez demuestre el retiro del Sistema General de Pensiones, y que ésta sea liquidada en los términos de los artículos 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada. (CSJ SL779-2022). Lo anterior, por cuanto no se acredita el momento en que operó la desafiliación o cesaron de forma definitiva las cotizaciones al sistema de pensiones por parte del actor.

Debe esta Corporación acudir a la sentencia SL2261-2021, emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en donde en un caso análogo, indicó:

*“En lo atinente a la modificación de los numerales 4 y 7 de la sentencia apelada, exclusivamente en cuanto al pago del **retroactivo pensional** y de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe precisarse que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, exigen la desafiliación formal del sistema para acceder a la pensión de vejez.*

*Además, cabe recordar que, ante situaciones particulares y excepcionales, se puede optar por soluciones diferentes y reconocer la pensión en fechas anteriores a las del retiro del sistema (CSJ SL5603-2016), sin embargo, las circunstancias fácticas que enarbó el accionante, no permiten acceder a sus pedimentos, pues, **Colpensiones no tenía la facultad de declarar la nulidad del traslado, que a la sazón, resultó el detonante para conceder el derecho pretendido en las condiciones del régimen de transición.***

¹¹ Pág. 33 a 40 Archivo 10.PDF

¹² Pág. 02 Archivo 1.PDF

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

Así las cosas, se debe entrar a revocar la decisión de primer grado, en el sentido de ordenarle a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la prestación pensional, una vez acredite el retiro al sistema general de pensiones, y que sea liquidada en los términos del artículo 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada, sin que sea viable el cálculo de IBL alguno ni la tasa de reemplazo a aplicar.

Finalmente, sobre la falta de traslado del dinero para financiar la prestación, es importante recordar que una vez declarada la ineficacia del acto de traslado de régimen deben retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de su ocurrencia, lo que conlleva la reactivación de la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrada por el ISS hoy Colpensiones.

Lo anterior, implica que la Administradora de Fondo de Pensiones del RAIS proceda de forma inmediata a la devolución de todos los dineros que figuren en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros que hubieren producido, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y el bono pensional, con efectos retroactivos. Recursos que deberán ser abonados en el fondo común que administra Colpensiones y utilizados para la financiación de la pensión de vejez a el demandante que le reconocerá la citada entidad administradora (CSJ SL2877-2020).

2.5. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a la demandada Porvenir S.A.?

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Porvenir S.A., es menester indicar

que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuesta por el *a quo* a la entidad demandada.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia en contra de Porvenir S.A., dado que fracasó el recurso de apelación elevado por esta entidad. Y se absolverá de las mismas al actor al haber prosperado de forma parcial la censura por él invocada.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **Colfondos S.A.** y **Porvenir S.A.** a trasladar a Colpensiones los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados, por el tiempo que permaneció afiliada la parte demandante en cada fondo.

SEGUNDO: REVOCAR de forma parcial el ordinal QUINTO de la parte resolutive de la sentencia proferida dentro del presente asunto, objeto de apelación y consulta, en el siguiente sentido:

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

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

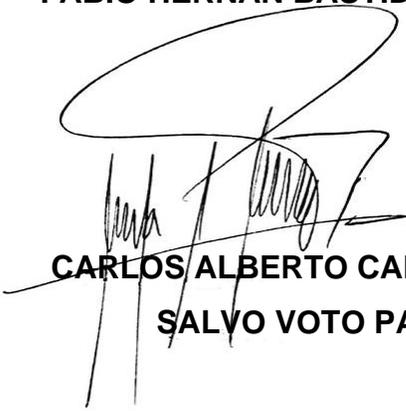
CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Porvenir SA. y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

Firma digitalizada para
Acto Judicial


Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



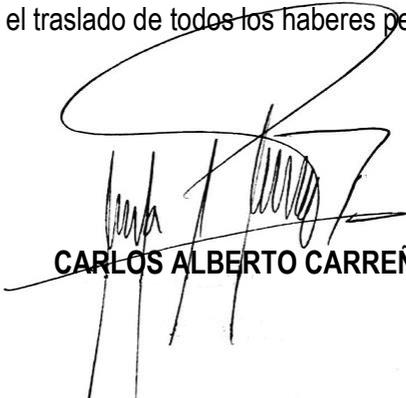
Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

Se considera conforme a la providencia que la reclamante en efecto tiene derecho a la pensión anhelada, el desacuerdo consiste en apurar el beneficio pensional solo con la novedad de retiro, pues la obligación de cotizar cesa al momento de reunir el afiliado los requisitos para reclamar y gozar de la pensión, punto en el que también la jurisprudencia ha evolucionado aceptando inferencialmente la exigida novedad de retiro: - "La pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990 se causa a partir del cumplimiento de la edad y las semanas exigidas en la norma, pero su disfrute requiere por regla general la desafiliación formal del sistema, o en situaciones excepcionales de las que se puede inferir la voluntad del afiliado de no continuar vinculado a éste, tales como dejar de cotizar y solicitar el reconocimiento de la prestación o de la indemnización sustitutiva." (SL2061-2021)

En este evento con la apelación se advierte el deseo del jubileo a partir del año 2018, por lo que a mi juicio se debió reconocer desde esa fecha la pensión junto con las mesadas correspondientes, operación que en nada desfinancia el sistema financiero pensional toda vez que por ello se ordenó el traslado de todos los haberes permisivos para reconocer el derecho.

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA