



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-009-2019-00131-01
Juzgado de primera instancia:	Noveno Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Duvy Mercedes Henao Moreno
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia del traslado de régimen pensional- y reconocimiento pensional.
Sentencia escrita No.	16

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por las apoderadas judiciales de la demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia No. 400 emitida el 19 de septiembre de 2019. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda y su reforma¹.

Procura la demandante que se declare en su favor: **i)** la nulidad del traslado del otrora ISS a Porvenir S.A. **ii)** en consecuencia, se condene a la AFP a devolver a Colpensiones los valores recibidos producto de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos,

¹ Archivo 01.ExpedienteDigital Fls.14 a 22 y 279

intereses y rendimientos. **iii)** se reconozca y pague la pensión de vejez, como beneficiaria del régimen de transición, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. **iv)** los intereses moratorios. **v)** los demás derechos que resulten probados de conformidad con las facultades ultra y extra petita. **vi)** las costas y agencias en derecho.

2. Contestaciones de la demanda.

Las demandas dieron mediante escritos visibles a folios 137 a 193 y 222 a 251, las cuales, 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. Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el Juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que decidió²: **i)** declarar no probadas las excepciones propuestas en lo referente a la nulidad del traslado de régimen pensional, **ii)** declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas entre el 3 de octubre de 2013 y el 30 de noviembre de 2014, **iii)** declaró la ineficacia del traslado de la activa al régimen de ahorro individual con solidaridad, por medio de Colpatria Sociedad Administradora de Cesantías y Pensiones hoy Porvenir S.A., por tanto, la señora Henao Moreno debe ser admitida en Colpensiones, administradora del régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y cargas adicionales. **iv)** declaró la demandante beneficiaria del régimen de transición, de modo que, debe aplicarse en su caso, el Acuerdo 049 de 1990. **v)** ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados al RAIS, junto con los bonos pensionales recibidos y los respectivos rendimientos financieros. **vi)** ordenó a Colpensiones a cargar en la historia laboral de la demandante los aportes devueltos por Porvenir S.A. **vii)** condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor de la actora, a partir del 1º de diciembre de 2014, en cuantía de un smmlv, incluyéndola en nómina de pensionados. **viii)** condenó a Colpensiones a pagar las mesadas pensionales causadas entre el 1º de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2019, junto a la mesada adicional de diciembre, en cuantía de

² Archivo 01.ExpedienteDigital Fls. 311 a 316 y CD Fl. 284 minuto 20:18 a 43:34

\$45.770.976. **ix)** Autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional los valores correspondientes a los aportes del sistema de seguridad social en salud. **x)** Condenó a Colpensiones a continuar pagando la pensión a partir de octubre de 2019, en suma, de \$828.116, debiendo aplicar los reajustes de ley en adelante. **xi)** Absolvió a la administradora del régimen público de la condena de intereses moratorios. **xii)** Impuso costas de \$828.116, correspondiendo su pago a cada una de las demandadas en un 50%.

3.2. Para adoptar tal determinación, de **ineficacia del traslado**, adujo que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara, completa y comprensible a sus afiliados al momento de efectuarse el traslado. Dice que debe probarse que se obró de manera diligente, frente a las obligaciones que le impone la Ley.

En cuanto al **reconocimiento y pago de la pensión de vejez**, adujo que la demandante era beneficiaria del régimen de transición y por ende con derecho a que se le estudie su derecho prestacional bajo el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990. Determinó que la activa, cuenta con más de 1154,43 semanas de cotización, contabilizando para ello los **aportes en mora** registrados en la historia laboral. Señaló que la actora adquirió la edad pensional el 3 de octubre de 2013. De acuerdo al IBC, de la activa, determinó que **la mesada** pensional ascendía a un smlmv, por lo que atendiendo al retiro del sistema general de pensiones, procedió a calcular **el retroactivo** pensional entre el 1º de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2019, junto a la mesada adicional de diciembre, en cuantía de \$45.770.976. Luego de considerar que prosperaba parcialmente la excepción de **prescripción** respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 30 de noviembre de 2014, como quiera que se reclamó ante Colpensiones en 2017.

Respecto de los **intereses moratorios**, señaló que no procede su pago, debido que sólo mediante la decisión judicial se determinó la ineficacia de la afiliación a Porvenir S.A. y el consecuente retorno a Colpensiones para el reconocimiento de la pensión.

4. Las apelaciones.

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

4.1. Apelación parte demandante³

Se aparta el extremo demandante de la decisión de primer grado, pues en su consideración la actora no cuenta con un total de 1154 semanas cotizadas, sino un total de 1174 semanas, por lo que, al liquidar la mesada pensional, se debe aplicar una tasa de reemplazo del 84%, de modo que la pensión es para el año 2019, es de, \$1.016.732. y por ende el retroactivo pensional, es superior.

Estima que procede la condena por intereses moratorios, pues reclamó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, sin que se efectuará pronunciamiento alguno sobre esto. Adicionalmente, de la historia laboral se extrae que la demandante, retornó al régimen de prima media de conformidad con los presupuestos de la Sentencia C-1024 de 2004, en calidad de beneficiaria del régimen de transición.

Discrepa de los descuentos en salud, pues la activa es residente en España, así que, al residir fuera del país, esta exonerada de efectuar ese aporte.

Apelación la parte demandada – Porvenir S.A.⁴

Aduce que no es posible decretar la nulidad de una persona que no se encuentra afiliada al fondo de pensiones, en ese entendido no tiene la posibilidad de anular la afiliación.

Acota, que su obrar es de buena fe, por lo que no procede la condena en costas.

4.2. Apelación Colpensiones⁵

El 18 de enero de 2018, se dio respuesta a la solicitud de traslado de manera negativa, en tanto, en las bases de información, se registraba que estaba efectuando trámite de pensión en el RAIS.

³ CD Fl. 284 minuto 43:46 a 47:40

⁴ CD Fl. 284 minuto 47:41 a 48:33

⁵ CD Fl. 284 minuto 48:36 a 52:20

Sostiene que la AFP acreditó haber realizado el traslado de régimen con el lleno de los requisitos legales con el lleno de los requisitos legales de manera libre, espontánea y sin presiones, suministrando la información necesaria para el efecto, sin que Colpensiones promoviera el cambio de régimen pensional de la activa.

En ese orden, como el deber de información recaí sobre Porvenir S.A. desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional de manera completa, de existir alguna codena, esta debe dirigirse a la AFP, pero no a Colpensiones, pues el traslado ya se hizo.

5. Trámite de segunda instancia

El apoderado de Colpensiones⁶, allegó alegatos de conclusión, previo traslado para ello, mientras que el extremo demandante, 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 de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones, 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?

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

1.4. ¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990,

⁶ 06AlegatosColpensiones00920190013101

por ser beneficiaria del régimen de transición? De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿operó la prescripción de las mesadas pensionales? y de ser así: ¿Procede la condena por retroactivo pensional desde que adquirió la actora su estatus pensional, o desde que cesan los aportes al sistema? ¿Hay lugar al pago de intereses moratorios? ¿Es válido el descuento de aportes en salud?

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

2. Respuesta a los interrogantes planteados.

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

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

2.1.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de

Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las*

características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.

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

2.1.2. Caso en concreto.

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones⁷, Porvenir S.A.⁸, Consulta SIAFP⁹, formulario de vinculación¹⁰ y certificado de afiliación¹¹, se desprende que, la accionante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 1º de noviembre de 1979 al 6 de marzo de 1996.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión, SIAFP, la actora se trasladó de régimen a Colpatria hoy Porvenir S.A. el 7 de marzo de 1996 el cual se hizo efectivo el 01 de mayo de 1996, fondo de pensiones en el que estuvo vinculada hasta el 28 de febrero de 1997, cuando se le trasladó por “*cesión multifiliación*” con destino a Colpensiones.

⁷ Archivo 01.ExpedienteDigital Fls. 98 a 102

⁸ Archivo 01.ExpedienteDigital Fl. 255

⁹ Archivo 01.ExpedienteDigital Fl. 253

¹⁰ Archivo 01.ExpedienteDigital Fl. 252

¹¹ Archivo 01.ExpedienteDigital Fl. 26

- c. Retornó al régimen de prima media desde el 1º de marzo de 1997, administradora de pensiones en la que permanece.

Ahora, en la demanda se argumenta que la AFP faltó al deber de información, debido a que el traslado se realizó “sin ningún análisis riguroso” por parte de Porvenir S.A., respecto de las particularidades pensionales y la información a suministrar, por cuanto, a la fecha de cambio de régimen pensional, era beneficiaria del régimen de transición, afirmación sobre la que se apoyó la pretensión de nulidad de traslado, restringiéndose el litigio al estudio del asunto en ese sentido, sin que se debatiera la forma en que la activa regresó al régimen de prima media con prestación definida.

Debe advertirse que si bien en el certificado visible a folio 26 se señala que el traslado obedeció por “Sentencia 1024” desde el 1º de septiembre de 2009, en ese mismo documento se anota: “se encuentra afiliada desde 28/01/1997 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida”, información que es coincidente con la registrada en la consulta SIAFP, en el que se inscribe que la afiliación fue cedida por multifiliación, situación que se corrobora con lo narrado por la accionante en el hecho 6 de la demanda, y se respalda con la documental de folios 27 y 28.

Vinculaciones para : CC 38439988							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1996-03-07	2009/09/11	HORIZONTE	COLPENSIONES		1996-05-01	1997-02-28
Cesión por multifiliación	1997-01-28	2009/10/31	COLPENSIONES	HORIZONTE		1997-03-01	

Ello, solo da certeza que la demandante retornó al RPMPD, pues no es posible clarificar con las documentales que militan el plenario, la manera en que se dio el regreso al régimen público, nótese como incluso en la misiva del 21 de junio de 2007 el ISS, aduce “es grato darle la bienvenida, al escogernos como su administradora de pensiones”, por tanto, únicamente puede entenderse que la activa regresó al Instituto de Seguros Sociales el 1º de marzo de 1997, previo traslado de la AFP Porvenir S.A.

En este orden, para la Sala, el fondo privado no demostró haber brindado, a la demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo

(SL4811-2020). A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debían suministrar las AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

Es importante señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer “*«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»*”, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*. Por lo tanto, se despachará de manera desfavorable los argumentos de Colpensiones y Porvenir S.A., precisando que aun cuando la demandante no estuviera vinculada al fondo de pensiones para la data de presentación de la demanda, es posible el estudio de la ineficacia de traslado, de acuerdo a las consecuencias jurídicas que se derivan de esa declaración, como lo es la salvaguarda de los dineros que administró la AFP, o los beneficios que el traslado al régimen privado pudo coartar en el régimen de prima media con prestación definida, aun cuando hubiere cesado la afiliación a Porvenir S.A. previamente.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

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

afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

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

2.2. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones, 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? ¿Hay lugar al pago de intereses moratorios?, ¿Es válido el descuento de aportes en salud?

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el período en el que la accionante estuvo afiliada a ese fondo privado. 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).

Al punto, como la demandante retorno al régimen de prima media con prestación definida, luego de dirimirse el conflicto por multifiliación, es preciso anotar que el artículo 17 del Decreto 692 de 1994¹², señala en su parte final *“Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria”*, es decir, allí no se dispone la devolución de gastos de administración.

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***

¹² Artículo 17. Múltiples vinculaciones. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.

cuotas de administración y comisiones". Por lo tanto, la sentencia apelada se encuentra ajustada a derecho.

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

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

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

"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima".

En consecuencia, adicionará la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Porvenir 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, por el período en el que la accionante estuvo afiliada 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 la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición? De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿operó la prescripción de las mesadas pensionales? y de ser así: ¿Procede la condena por retroactivo pensional desde que adquirió la actora su status pensional, o desde que cesan los aportes al sistema? ¿Hay lugar al pago de intereses moratorios?, ¿Es válido el descuento de aportes en salud?

La respuesta a este interrogante es **positiva**. Luego de declararse la ineficacia del traslado, es viable que el juez de instancia, al constatar el cumplimiento de los requisitos mínimos proceda a otorgar la pensión de vejez. Y para el caso, bajo las reglas del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por preservar los beneficios de la transición hasta el 31 de diciembre de 2014, acreditando la edad y semanas mínimas exigidas por el Decreto 758 de 1990, antes de esta última data.

2.4.1. Contabilización de semanas. Aportes en mora como trabajadora dependiente e independiente

Esgrime la parte actora que el computo de semanas es superior al determinado por la Juez de primer grado, quien al aplicar los efectos de la mora en el pago de aportes contabilizó los períodos correspondientes a los ciclos de mayo a julio de 1996, septiembre a diciembre de 1996, enero a octubre de 1999, febrero a diciembre de 2000, mayo y junio de 2002, junio a agosto de 2007 y octubre a diciembre de 2007.

En numerosas ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, ha sostenido de tiempo atrás que las administradoras de pensiones no pueden omitir los períodos en mora para la definición del cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional, pues por disposición expresa del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en los Decretos 1161 y 2633 de 1994, dichas entidades tienen facultad para efectuar el cobro en caso de tardanza en el pago por parte de los empleadores, así que el derecho del afiliado no puede afectarse por el incumplimiento de obligaciones que se encuentran en cabeza de terceros. En este sentido, en Sentencia SL918 del 23 de marzo de 2022, radicado, se explicó:

*“Conforme a lo señalado, es dable colegir, que cuando existen periodos en mora por parte de algún empleador, le corresponde a la entidad de seguridad social ejercer las acciones de cobro y si no lo hace, esa inactividad no puede perjudicar los derechos del trabajador, por ende, deben ser contabilizados para efectos pensionales, **siempre que se demuestre la existencia de vínculo contractual con el trabajador y la efectiva prestación del servicio por parte de éste, que es lo que da lugar al pago de aportes.***

*En otros términos, **no puede el juez entrar a convalidar ciclos con una aparente mora patronal, sin tener la certeza de que en estos el afiliado tuvo un vínculo laboral, puesto que la omisión del empleador en reportar la novedad de retiro, no puede conllevar de manera automática e inexorable a tener como efectivamente cotizado esos meses, de allí que es necesario, se insiste, que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral subordinado, esto es, que los períodos que se reclaman al empleador deben tener sustento en una relación de trabajo real.**”* (Resalta la Sala)

Así las cosas, verificada la historia laboral visible a folios 89 a 102 del expediente digital, se evidencian las siguientes anotaciones:

Ciclos	Empleador	Días Rep	Días Cot.	Observación
mayo a julio de 1996	JalureLtda.	30	0	Aporte Devuelto por estar vinculado a Porvenir S.A.
septiembre a diciembre de 1996	JalureLtda.	30	0	Aporte Devuelto por estar vinculado a Porvenir S.A.
Febrero de 1997	Héctor Raúl Echavarría	30	0	Aporte Devuelto por estar vinculado a Porvenir S.A.
enero a octubre de 1999	Héctor Raúl Echavarría	30	0	No Vinculado Traslado RAI. Cotización Mora
febrero a diciembre de 2000	Héctor Raúl Echavarría	30	0	No Vinculado Traslado RAI Cotización Mora
mayo y junio de 2002	Héctor Raúl Echavarría	30	0	No Vinculado Traslado RAI Cotización Mora
junio a agosto de 2007	Duvy Mercedes Henao Moreno	30	0	No Vinculado Traslado RAI Cotización Mora
octubre a diciembre de 2007	Duvy Mercedes Henao Moreno	30	0	No Vinculado Traslado RAI Cotización Mora

En ese entendido, la regla de los aportes en mora no es aplicable a **los ciclos mayo a julio de 1996, septiembre a diciembre de 1996 y febrero de 1997**, debido a que su no contabilización corresponde a la ausencia de integración de esos períodos a la historia laboral, por una devolución que se efectuó al fondo privado, sin que se verificara o reclamara por parte de Colpensiones esos aportes una vez la activa regresó del régimen privado, faltando así a su deber de administrar correctamente los aportes de la afiliada. En consecuencia, se tendrán en cuenta, aun cuando no corresponden a mora, las **30 semanas**, por los ciclos descritos, por las razones expuestas.

Ahora, los períodos laborados con el empleador Héctor Raúl Echavarría, **enero a octubre de 1999, febrero a diciembre de 2000 y mayo y junio de 2002**, sobre los que se anota mora en la historia laboral, basta con precisar que obran los recibos de pago de aportes a folios 62 a 85 del expediente digital en el que se incorporan también las planillas que soportan el pago de la cotización ordinaria y los intereses, causados en las oportunidades que el pago se hizo extemporánea, ejemplo de ello son las visibles a folios 66¹³, 68¹⁴ y junio de 2000. Recuérdese además, que en el reporte de semanas se inscribe que la actora se encontraba afiliada al RAIS para la fecha del pago de estos ciclos, aseveración que resulta errada, atendiendo que por multifiliación desde marzo de 1997, se adjudicó la afiliación al sistema público, asistiéndole entonces al otrora ISS hoy Colpensiones, la integración de **98,66 semanas**, laboradas con el empleador Héctor Raúl Echavarría, para la consecución del derecho pensional, sin que tampoco se predique el precedente de la mora de aportes para estos período, pues como se señaló, si existió pago.

Por último, resta por analizar los ciclos atinentes a **junio a agosto de 2007 y octubre a diciembre del mismo año**, cotizados por la demandante como **trabajadora independiente**. En este tópico, es relevante traer a colación el artículo 35 del Decreto 1406 de 28 de julio de 1999 determinó: *“Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”*. De la precitada norma se colige, que el trabajador independiente tiene la obligación de realizar los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, aun cuando sea extemporáneo. Así lo enseñó la Corte Suprema de Justicia en en

¹³ Ciclo de abril de 2000

¹⁴ Ciclo de mayo de 2000

sentencia del 5 de diciembre de 2006, radicación 26728, reiterada en la SL573-2013¹⁵:

“Es que, frente al criterio actual del legislador, el efectuar las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez constituye para el trabajador independiente un ‘imperativo de su propio interés’, de manera que, el retardo en la aportación del mínimo de las cotizaciones exigidas por el sistema pensional, lo que hace es dilatar en el tiempo el reconocimiento de la prestación perseguida y, en situaciones extremas, el dejar de aportar al sistema ese número mínimo, imposibilita el nacimiento del derecho perseguido.”

Obran en el plenario las planillas de autoliquidación de aportes para los ciclos de junio a agosto de 2007¹⁶, con timbre del Banco de Occidente, por lo que no hay duda que los aportes se realizaron en tiempo. Sin embargo, esa misma situación no puede predicarse de los ciclos de octubre a diciembre de 2007, ya que sólo obran los recibos de unas consignaciones efectuadas por medio del Banco de Bogotá, sin que sea posible inferir que esos pagos corresponden a dinero de seguridad social en pensiones, por lo que no se puede aplicar las reglas de la mora. Conforme a lo expuesto, únicamente se tendrán en cuenta **12,87 semanas** de la actora como trabajadora independiente.

Ante las anteriores consideraciones, se tendrán en cuenta de las semanas reclamadas un total de 141,53 semanas que, sumadas a las 995,86 reportadas en la historia laboral, arrojan un total de **1137,39** semanas efectivamente cotizadas.

2.4.2. Pensión de vejez bajo el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990

En cuanto al reconocimiento al derecho a la pensión de vejez, a cargo de Colpensiones, corresponde dilucidar si la actora continúa siendo beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No está en discusión que la demandante nació el 3 de octubre de 1958¹⁷, ni que se afilió al entonces Instituto de Seguros Sociales el 11 de noviembre de 1979. Como tenía más de 35 años al 1º de abril de 1994, puede entenderse que, en principio, conservó a su favor la aplicación de los reglamentos del Instituto.

¹⁵ SL3838 del 30 de septiembre de 2020 Radicación 75097. M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz

¹⁶ Archivo 01.ExpedienteDigital Fls. 87 a 89

¹⁷ Archivo 01.ExpedienteDigital Fl. 23

Ahora bien, el párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005 limitó la transición al 31 de julio de 2010. Empero, permitió su extensión hasta el 31 de diciembre de 2014, si el afiliado logra acreditar “*al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo*”. A la fecha límite prevista, la accionante no alcanzó los años del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Este requisito de edad solo fue satisfecho el 3 de octubre de 2013. De esta suerte, es pertinente verificar si al **25 de julio de 2005**, logró reunir 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicio.

De acuerdo con la información recaudada en el expediente, conforme se determinó en precedencia, la actora acreditó al 31 de diciembre de 2008 un total de **1137,39** semanas efectivamente cotizadas, de las cuales, **1070,8, se cotizaron antes del 25 de julio de 2005**, superando así el mínimo de las 750 semanas, conservando así el beneficio del régimen de transición hasta el 31 de diciembre del año 2014.

Cabe advertir, que debido a que la demandante presenta ciclos dobles en las cotizaciones correspondientes a los ciclos del 8 al 31 de diciembre de 1988, 1º de enero a 16 de febrero de 1989 y julio de 1998, equivalentes a **9,57** semanas, para la liquidación de la mesada pensional se contabilizaran **1.127,82** semanas.

Recuérdese que tales cotizaciones únicamente servirían para incrementar el IBL y así fue explicado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia 42299 del 5 de junio de 2012:

“De tal modo que independiente de que los aportes que reclama la censura estuvieran o no en mora, lo cierto es que no es dable sumarlos al total de semanas cotizadas, habida cuenta que el ISS subroga el riesgo por un mismo período y no por tiempos dobles. Por tanto, en los eventos de servicios prestados por el asegurado en forma simultánea a varios empleadores, los diferentes aportes se tienen en cuenta únicamente “para establecer el promedio del salario de base correspondiente, para efectos del pago de las prestaciones económicas, sin que sobrepase el salario base máximo asegurable al momento de causarse el derecho” conforme lo dispone el artículo 81 del Acuerdo 044 de 1989 aprobado por el Decreto 3063 del mismo año, es decir, incrementa el ingreso base de cotización más no aumenta el tiempo de cotización o semanas aportadas”

Así las cosas, cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, bajo las reglas del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Por tanto, acreditado los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de vejez. se le deberá aplicar una tasa de reemplazo

del **81%**, tasa que se aplica al IBL hallado de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues a la entrada en vigencia del régimen de transición le faltaban más 10 años para adquirir el derecho.

En lo que atañe al monto de la pensión determinada en primer grado, esto es, en un (1) salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad, se tiene que, como fue objeto de reparo, se procede a su liquidación, así:

LIQUIDACIÓN DEL IBL PENSIONAL PROMEDIO ÚLTIMOS AÑOS										AÑO	*Mes	PROMEDIO SALARIAL:
PERIODOS DE COTIZACIÓN						FECHA DONDE SE HIZO LA ÚLTIMA COTIZACIÓN :				2008	12	
DESDE			HASTA			# Días	INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC, mensual del periodo)	IPC FINAL	IPC INICIAL	INGRESO MENSUAL ACTUALIZADO Ó INDEXADO		
Año	*Mes	Día	Año	*Mes	Día							
1993	03	09	1993	12	31	295	\$ 89.070,00	64,82	12,19	\$ 473.627,35	\$38.811,13	
1994	01	01	1994	05	31	152	\$ 89.070,00	64,82	14,93	\$ 386.705,79	\$16.327,58	
1994	06	01	1994	12	31	213	\$ 182.217,00	64,82	14,93	\$ 791.112,25	\$46.807,47	
1995	02	01	1995	05	31	120	\$ 250.000,00	64,82	18,29	\$ 886.003,28	\$29.533,44	
1995	07	01	1995	12	31	180	\$ 250.000,00	64,82	18,29	\$ 886.003,28	\$44.300,16	
1996	01	01	1996	12	31	360	\$ 298.750,00	64,82	21,83	\$ 887.080,85	\$88.708,09	
1997	02	01	1997	12	31	330	\$ 370.000,00	64,82	26,55	\$ 903.329,57	\$82.805,21	
1998	01	31	1998	06	30	150	\$ 438.350,00	64,82	31,23	\$ 909.825,39	\$37.909,39	
1998	07	01	1998	07	31	30	\$ 876.700,00	64,82	31,23	\$ 1.819.650,78	\$15.163,76	
1998	09	01	1998	12	31	120	\$ 438.450,00	64,82	31,23	\$ 910.032,95	\$30.334,43	
1999	01	01	1999	10	31	300	\$ 483.000,00	64,82	36,42	\$ 859.639,21	\$71.636,60	
2000	02	01	2000	12	31	330	\$ 531.000,00	64,82	39,79	\$ 865.026,89	\$79.294,13	
2001	01	01	2001	02	28	60	\$ 531.000,00	64,82	43,27	\$ 795.456,90	\$13.257,61	
2001	04	01	2001	04	31	30	\$ 531.000,00	64,82	43,27	\$ 795.456,90	\$6.628,81	
2001	06	01	2001	12	31	210	\$ 531.000,00	64,82	43,27	\$ 795.456,90	\$46.401,65	
2002	01	01	2002	08	31	240	\$ 531.000,00	64,82	46,58	\$ 738.931,30	\$49.262,09	
2007	06	01	2007	08	31	90	\$ 433.700,00	64,82	61,33	\$ 458.379,81	\$11.459,50	
2007	09	01	2007	09	31	30	\$ 440.000,00	64,82	61,33	\$ 465.038,32	\$3.875,32	
2008	01	01	2008	01	31	30	\$ 440.000,00	64,82	64,82	\$ 440.000,00	\$3.666,67	
2008	02	01	2008	06	30	150	\$ 461.500,00	64,82	64,82	\$ 461.500,00	\$19.229,17	
2008	07	01	2008	12	31	180	\$ 600.000,00	64,82	64,82	\$ 600.000,00	\$30.000,00	
Total Días						3600					(Sumatoria de Promedios)	\$765.412,21
Semanas						514,29					*IBL a fecha de la última cotización	

IBL	\$765.412,21
Tasa De Reemplazo	81%
Mesada Pensional	\$681.983,81

Consecuente con lo anterior, es claro que la mesada pensional es superior a la determinada por la A quo, por lo que se modificará su cuantía, pues, una vez realizada la evolución de mesadas pensionales, se tiene que, para el 3 de octubre de 2013, fecha en la que la demandante adquirió el derecho prestacional, ascendía a **\$ 777.403,06**, por lo que para el año 2019, correspondía a \$ 1.014.352,61.

AÑO	Incremento	EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES
	Pensional Art. 14 L100	
2008	7,67%	\$ 681.983,81
2009	2,00%	\$ 695.623,49
2010	3,17%	\$ 717.674,75
2011	3,73%	\$ 744.444,02
2012	2,44%	\$ 762.608,45
2013	1,94%	\$ 777.403,06
2014	3,66%	\$ 805.856,01
2015	6,77%	\$ 860.412,46
2016	5,75%	\$ 909.886,18
2017	4,09%	\$ 947.100,52
2018	3,18%	\$ 977.218,32
2019	3,80%	\$ 1.014.352,61
2020	1,61%	\$ 1.030.683,69
2021	5,62%	\$ 1.088.608,12
2022		\$ 1.149.787,89

Colofón de lo hasta aquí expuesto, se modificará el monto de la mesada pensional hallada en la sentencia de primer grado, cobrando relevancia la censura alegada por el extremo activo.

Frente al número de mesadas pensionales, el inciso 8.º del artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que *“las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año»,* salvo que *«perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año»,* conforme lo dispuso el párrafo 6.º de la misma normativa.

Así las cosas, a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la mesada adicional de junio fue derogada, salvo para los pensionados por vejez, invalidez y sobrevivientes que perciban pensión igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales y **cuya prestación se haya causado antes del 31 de julio de 2011, quienes mantendrán el derecho a catorce mesadas.**

En tal sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL2054-2019 señaló:

“(...) Del anterior recuento se concluye que: (i) en virtud de la sentencia CC C-409-1994, la mesada adicional de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; (ii) a partir de la vigencia del Acto legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), dicha prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y (iii) tal beneficio se extinguió definitivamente a partir del 31 de julio de 2011 por virtud de la citada norma supralegal, es decir, las pensiones causadas con posterioridad a tal fecha no pueden ser reconocidas en 14 mesadas al año.”

Premisas normativas y jurisprudenciales que, al aterrizarlas al caso, permite dilucidar que la actora causó el derecho a la pensión de vejez el 3 de octubre de 2013, es decir, en calenda posterior a al **31 de julio de 2011**, por lo cual, no quedó amparada por los beneficios contenidos en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en armonía con la sentencia de la Corte Constitucional C-409-1994. Confirmándose entonces, las 13 mesadas anuales en favor de la activa.

2.4.3. Procedencia del retroactivo pensional. Excepción de prescripción

Procede el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, y para ello, debe tener en cuenta la prescripción causada sobre las mesadas pensionales. La demandante tiene derecho al retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde el 3 de octubre de 2013, data en que el a quo determinó el disfrute de la prestación pensional. Pese a lo anterior, las mesadas fueron afectadas con el fenómeno prescriptivo.

Al punto, los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y S.S., establecen un término trienal de prescripción de los derechos y las acciones que emanen de leyes sociales, el cual se cuenta desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Este es susceptible de interrupción por una sola vez, la cual principia a

contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

No obstante, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia nacional, la pensión es un derecho imprescriptible. Lo que se afecta con este fenómeno son las mesadas y/o diferencias causadas en favor del pensionado (CSJ SL4345 del 17 de agosto de 2021, Radicación No. 79480).

En este caso, se vislumbra que la actora presentó solicitud de pensión el 1º de diciembre de 2017¹⁸, mientras que la demanda se presentó el 28 de febrero e 2019¹⁹, de modo que operó el fenómeno de la prescripción para las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 30 de noviembre de 2014, como acertadamente lo estableció la falladora de primer grado.

En aplicación del inciso 2º del artículo 283 del C.G.P., se modificará el numeral décimo de la sentencia de primera instancia, para modificar dicha condena hasta el mes de septiembre de 2022. Por tanto, el retroactivo pensional, asciende a la suma de **\$100.611.654,83**

Fecha Inicial	Fecha Final	Valor Mesada	Mesadas	Total
1/12/2014	31/12/2014	\$ 805.856,01	2	\$ 1.611.712,02
1/01/2015	31/12/2015	\$ 860.412,46	13	\$ 11.185.361,99
1/01/2016	31/12/2016	\$ 909.886,18	13	\$ 11.828.520,30
1/01/2017	31/12/2017	\$ 947.100,52	13	\$ 12.312.306,78
1/01/2018	31/12/2018	\$ 977.218,32	13	\$ 12.703.838,14
1/01/2019	31/12/2019	\$ 1.014.352,61	13	\$ 13.186.583,99
1/01/2020	31/12/2020	\$ 1.030.683,69	13	\$ 13.398.887,99
1/01/2021	31/12/2021	\$ 1.083.473,75	13	\$ 14.085.158,81
1/01/2022	31/12/2022	\$ 1.144.364,98	9	\$ 10.299.284,81
Total				\$ 100.611.654,83

2.4.4. Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993

Los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 propenden proteger al beneficiario con derecho a la pensión cuando se presente un retardo injustificado en el reconocimiento y pago de la prestación. De estos se predica una naturaleza resarcitoria y no sancionatoria. Por ende, deben ser impuestos con independencia

¹⁸ Archivo 01.ExpedienteDigital Fls. 29 a 31

¹⁹ Archivo 01.ExpedienteDigital Fl. 124

de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor. Lo anterior, siempre que se demuestre el retardo injustificado en el pago de la prestación pensional, pues se trata de aminorar los efectos adversos que éste produce al acreedor²⁰.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU – 065 de 2018, sostuvo que las administradoras pensionales están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, con independencia que su derecho se reconozca con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que, no en todos los casos es imperativo condenar a los intereses moratorios, razón por la cual, ha definido una serie de circunstancias excepcionales y específicas en los que se exonera de su pago. Entre ellas, se encuentran: **i)** Cuando la negativa de las entidades para reconocer las prestaciones a su cargo, tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL 704-2013); **ii)** Se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial²¹; **iii)** cuando existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; **iv)** cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; **v)** cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; **vi)** cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y **vii)** cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL5079-2018).

Se precisa que, los intereses moratorios proceden a partir del día siguiente al vencimiento de los cuatro (4) meses que confiere la ley para resolver la solicitud. Ello, en aplicación de los artículos 19 del Decreto 656 de 1994 y 9° de la Ley 797 de 2003. En el mismo sentido en fallos CSJ SL4985-2017 y SL1225-2021.

²⁰ CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 42783 que reiteró lo dicho en sentencia CSJ, 23 sep. 2002, rad. 18512.

²¹ CSJ SL 787-2013, rad. 43602, reiterada en la sentencia CSJ SL2941-2016

En el asunto bajo revisión, se tiene que la falladora de primer grado se abstuvo del reconocimiento de los mencionados intereses moratorios, debido a que el sólo con la sentencia que declara la nulidad de traslado se hace obligatorio el reconocimiento de la pensión para Colpensiones.

Situación que resulta contraria a la realidad, como quiera que la demandante retornó al régimen de prima media desde el año 1997, por lo que ya se encontraba en cabeza de la administradora pública el reconocimiento de la prestación pensional.

Pese a lo anterior, sólo con la declaración de ineficacia de traslado recuperó la demandante el beneficio del régimen de transición, ya que, como se esgrimió en líneas anteriores, fue lo solicitado por la parte, quien no debatió las circunstancias del retorno de la demandante al RPMPD en el año 1997, sino su traslado al RAIS, ante la falta de información suministrada por la AFP, de manera que realizar un estudio en esta instancia, sobre situaciones respecto de las cuales no giró el litigio en primer grado, quebrantaría el derecho al debido proceso de la las demandadas. Maxime cuando las facultades extra y ultra petitta, en materia laboral, están reservadas para los jueces de primera instancia

2.4.5. Descuentos aportes en salud

Objeta el demandante los descuentos con destino al sistema general de seguridad social en salud, autorizado sobre el retroactivo de mesadas ordenado.

Sobre este tópico, es de resaltar que dicha retención constituye una condición esencial, necesaria e ineludible al reconocimiento de la pensión, que opera por virtud de la ley (artículo 143 de la Ley 100 de 1993) y que se encuentra relacionada con los principios que irradian al sistema general de seguridad social, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia 47528 del 6 de marzo de 2013, así como la H. Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Adicionalmente, numeral 1º del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, dispone:

“Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes en capacidad de pago (...).”

Luego, el artículo 203 de la Ley 100 de 1993 establece que las personas a las que se refiere el artículo en cita son afiliados obligatorios del régimen contributivo, por tanto, deben cumplir con las obligaciones contempladas en el artículo 160 del mismo texto normativo, entre ellas el pago de las correspondientes cotizaciones.

De otra parte, es de enfatizar que aun cuando la demandante no haya hecho uso de los servicios de salud durante el período comprendido entre el 1° de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2022 por residir en otro país, tal circunstancia no es óbice para no hacer los descuentos de los aportes a Salud, en la medida en que los aportes efectuados por los contribuyentes al sistema general de salud no solo tienen la finalidad de garantizar no sólo el acceso a la salud del afiliado y sus beneficiarios, sino que resultan útiles para garantizar el cumplimiento de los principios del sistema de seguridad social en salud, tales como la universalidad y solidaridad, en virtud de los cuales se pretende garantizar el acceso a la salud de todos los residentes en el país a través de un apoyo mutuo que garantice además del acceso, la sostenibilidad a los servicios de salud.

Recuérdese, además, que el régimen subsidiado se nutre, entre otros recursos, con los aportes efectuados por los afiliados del régimen contributivo, como expresa el artículo 214 de la Ley 100 de 1993. De tal suerte, es su obligación legal desde la fecha en que adquirió el estatus de pensionada realizar los aportes a salud, independiente de que resida en otro país, atendiendo a que los referidos descuentos obran por mandato legal.

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

La respuesta es positiva. En lo que atañe a la condena en costas de primera instancia frente a 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. El actuar precedido de la buena fe y la conducta procesal de la demandada, no sirve de fundamento para exonerar de las costas a la parte vencida, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos (CSJ SL8771-2015) Por lo

tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por la 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 y Colpensiones, dado que fracasaron los recursos de apelación elevados por estas entidades.

IV. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEXTO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **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: MODIFICAR y ADICIONAR los numerales **DÉCIMO y DUODÉCIMO** de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES**, a reconocer y pagar, en favor de la demandante **DUVY MERCEDES HENAO MORENO**, el retroactivo pensional que se causa a partir del 1º de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2022, sin perjuicio del que se genere hasta el cumplimiento efectivo de la obligación, que corresponde a la suma total de **\$100.611.654,83**, junto con la respectiva indexación.

A partir del mes de **octubre de 2022**, la demandada deberá pagar en favor de la demandante en cuantía de **\$ 1.149.787,89**, en razón de **trece (13) mesadas anuales**, sin perjuicio de los aumentos anuales decretados por el Gobierno

Nacional. **AUTORIZAR** a la Colpensiones para que, del retroactivo antes enunciado, efectúe los descuentos en los porcentajes correspondientes de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud con destino a la E.P.S. a la cual se encuentre afiliada o se llegare a afiliarse la demandante, así como de las mesadas pensionales posteriores, en la medida en que se causen.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
ACLARO VOTO

Firma digitalizada para
Actos judiciales

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**

**Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota**

ACLARACIÓN DE VOTO

Si en efecto procede la ineficacia del traslado pensional, el efecto propio de tal acontecer es retrotraer las cosas al estado en que se encontraba antes, de ahí que, si se cuenta con los requisitos del régimen de transición no resulta con interés la discusión referente a la posterior pérdida del mismo, por el hecho de su traslado.

El Magistrado,

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA