



**Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral**

Magistrado Ponente
Fabio Hernán Bastidas Villota

Ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001 31 05 012 2021 00428-01
Juzgado:	Cuarto Doce Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Jorge Hernando García Rojas
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Modifica sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional y reconocimiento pensión de vejez
Sentencia No.	269

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia No. 349 emitida el 29 de noviembre de 2021. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda y su subsanación.

Pretende la demandante **i)** se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones al régimen de ahorro individual de hoy Porvenir. **ii)** Se ordene a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de vejez en su favor a partir del 04 de julio de 2019 en cuantía de 7'843.931, con un IBL de 10'974.138 y una tasa de reemplazo del 71.47%. **iii)** Ordenar a Porvenir a trasladar la

totalidad de los valores de su cuenta de ahorro individual. **iv)** Condenar en costas y agencias en derecho a las demandadas¹.

2. Contestaciones de la demanda

2.1. Colpensiones y Porvenir S.A.

El fondo de pensiones y la administradora del régimen público (Porvenir S.A. y Colpensiones), dieron contestación a la demanda², las cuales, no se estima necesario reproducir, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal (Art. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretada por el Juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que resolvió³: **i)** Declarar no probadas las excepciones formuladas por Colpensiones y Porvenir. **iii)** DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el demandante y de todas las afiliaciones que éste haya tenido a administradoras del último régimen, conservándose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida, administrado COLPENSIONES, sin solución de continuidad. **ii)** CONDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas y los aportes voluntarios si los hubiere se entregarán al demandante si fuere el caso. **iv)** CONDENAR a PORVENIR a devolver los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado. **v)** CONDENAR a COLPENSIONES en su calidad de administradora del régimen de prima media con prestación definida a reconocer y pagar pensión vitalicia de vejez del señor JORGE HERNANDO GARCÍA ROJAS a partir del 1

¹ Archivo 03Demanda.pdf y Archivo 07SubsanacionDemanda.pdf

² Archivo 13ContestacionDemandaPorvenir.pdf y Archivo 16ContestacionDemandaColpensiones.pdf

³ Archivo 28GrabacionAudiencia20210428 minuto 48:52 a 1:07:53

de septiembre de 2021 en cuantía de \$8.227.727 la cuantía de la obligación asciende al 31 de octubre de 2021 a \$16.455.454.51. **vi)** CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer indexación sobre las mesadas insolutas, teniendo en cuenta la fecha de causación de cada mesada y hasta que se efectuó el pago. **vii)** COSTAS a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES, a favor del accionante, fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído a cargo de cada una. **viii)** AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del retroactivo generado por mesadas ordinarias el monto de los aportes al sistema de seguridad social en salud que le corresponde al demandante y los remita de manera directa a la EPS a la cual se encuentra afiliado. **ix)** ABSOLVER a las DEMANDADAS de las demás pretensiones que en su contra.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP tiene la obligación de suministrar información clara, completa y comprensible a sus afiliados al momento de efectuarse el traslado, sin que en el asunto se acreditara el deber de información, resultando procedente la **ineficacia del traslado** en la afiliación al RAIS.

Por otro lado, indicó que de acuerdo al artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el actor cumplió con los requisitos para causar la **pensión de vejez** probando que para el año 2019 cumplió 62 años de edad, continuó cotizando y se desafilio tácitamente el 04 de agosto de 2021, fecha en la que contaba con más de 1.300 semanas, condiciones que avalan el derecho pensional pretendido. Así, aplicada una tasa de reemplazo de 72.50% sobre un IBL (\$11'348.589) de los últimos 10 años que resulta más favorable a la parte activa, la mesada pensional para 2021 corresponde a \$8'227.727.

4. La apelación.

4.1. Apelación Colpensiones⁴

La apoderada del fondo de pensiones considera que están llamadas a prosperar las excepciones propuestas con la contestación de la demanda, pues, **i)** el traslado de fondos se dio conforme a la legislación vigente para la época, firmando voluntariamente el formulario de afiliación. **ii)** No se acreditaron situaciones culposas o dolosas respecto de la afiliación del demandante al RAIS. **iii)** El demandante es una persona capaz que contó con más de 20 años para poder ratonar al RPM pero no lo hizo. **iv)** La condena afecta el principio

⁴ Archivo 28GrabacionAudiencia20210428 minuto 52:10 a 59:00

de sostenibilidad financiera. **v)** El reconocimiento pensional solo se podrá realizar una vez se retorne al RPM y no procede la Indexación.

4.2. Apelación Porvenir⁵

Estima que ha actuado de buena fe, por ende: **i)** la afiliación a la AFP cumplió con los requisitos vigentes para el año 1996. **ii)** La vinculación fue libre, voluntaria y espontánea, siendo la suscripción del formulario de afiliación una manifestación inequívoca de la voluntad de la activa. **iii)** Se ratificó la voluntad de permanecer en el sistema haciendo parte de él durante más de 20 años. **iv)** No procede el reembolso de los gastos de administración, pues estos cumplieron la destinación legal, esto es, la administración de la cuenta de ahorro individual, lo que permitió la obtención de rendimientos y legalmente están regulados para para financiar todas las gestiones de la AFP. Con la declaratoria de ineficacia y la restitución se está llegando al enriquecimiento sin justa causa de una de las partes. **v)** Las primas de seguro no se encuentran en poder de la AFP, pues se destinaron para cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte. **vi)** Sobre las cuentas de rezagos tampoco se encuentran en poder de la AFP pues no se realizaron traslados.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, se guardaron silencio en esta instancia.

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 afiliación o traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a

⁵ Archivo 28GrabacionAudiencia20210428, minuto 1:00:00 a 1:07:16

Colpensiones, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales, los gastos de administración, 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 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003?

1.5. De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿operó la prescripción de las mesadas pensionales? y de ser así: ¿Procede la condena por retroactivo pensional?

1.6. ¿Es procedente condenar Colpensiones al pago de la indexación de las mesadas dejadas percibir al demandante?

2. Respuesta a los interrogantes

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 es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *A quo* al declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP 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, cuya consecuencia jurídica es la ineficacia del acto jurídico, por eso se respalda la decisión de la juez de primera instancia.

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 le 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 seguridad 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, en dicha providencia se puntualizó: *“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 concreto.

Se desprende de la historia laboral de la demandante incorporada por Colpensiones⁶, Porvenir S.A.⁷, del formulario de afiliación⁸ y de la consulta de vinculaciones de Asofondos⁹, que el demandante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPMPD, cotizó desde el 26 de noviembre de 1985 a través del otrora ISS, hasta el 30 de julio de 1996.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS: la accionante se trasladó a Porvenir S.A. desde el 1º de agosto de 1996, fondo de pensiones en el que permanece a la fecha

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, al demandante le fue informado que obtendría una mayor mesada pensional en el fondo privado, que podía pensionarse de forma anticipada y en mejores condiciones. Además de lo anterior se aqueja que no le fueron explicadas las condiciones del traslado, las ventajas y desventajas de cada régimen.

⁶ Archivo 21CarpetaAdmon2, GRP-SCH-HL-66554443332211_2090-20210927111631.pfd

⁷ Archivo 23OficioPorvenir.pdf, páginas 4 a 9

⁸ Archivo 13ContestacionDemandaPorvenir, página 27

⁹ Archivo 13ContestacionDemandaPorvenir, página 29

Para la Sala, el fondo privado no demostró 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). A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos por el demandante, en los que consta 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.

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).

Del argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene 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, dicho argumento se despachará de manera desfavorable.

Frente a este último tópico, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente fallo SL2937-2021 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86029, coligió:

“1. ¿Corresponde al afiliado solicitar información acerca de las características de los regímenes pensionales?

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

En ese contexto, encuentra la Sala que el Tribunal incurrió en el yerro que le endilga la censura, toda vez que le impuso la carga de pedir asesoría, pese a que, se itera, desde la creación del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones se concibió en cabeza de las AFP el deber de ilustrar en forma clara, precisa y oportuna a sus potenciales afiliados, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas”.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no atenta con el principio de la sostenibilidad financiera y no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, toda vez que los recursos que debe reintegrar las AFP a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

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 Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales, retorne a Colpensiones los gastos de administración, debidamente indexados?

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales. Asimismo, los gastos de administración, primas por seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a cargo de su propio patrimonio y debidamente indexados.

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 Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

La devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculado a las mismas, se ajusta a derecho. 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 tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.

De igual forma, 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.

Asimismo, 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".*

Así, se adicionará la sentencia, en el sentido de ordenar la indexación de las sumas a retornar por la APF, conforme lo solicitó Colpensiones en la alzada.

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 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003?

La respuesta a este interrogante es **positiva**. Luego de declararse la ineficacia del traslado, es viable que el juez de instancia, al constatar el cumplimiento de los requisitos mínimos proceda a otorgar la pensión de vejez por cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

2.4.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

Declarada la ineficacia de traslado y acreditados los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, esto es, de 62 años de edad en el caso de los hombres, que en el caso de la demandante, se acreditó con copia de la cedula de ciudadanía, en la que se anota como fecha de nacimiento el 04 de julio de 1957¹⁰. Cuenta con más de 1300 semanas de cotización al sistema. Así, al advertirse que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES realizó **469,3** semanas de cotización, entre el 16 de noviembre de 1985 y el 34 de julio de 1996¹¹ y a Porvenir S.A., acorde con la historia laboral, acumuló **1.288,8**¹² semanas desde el 1º de agosto de 1996 y el 31 de agosto de 2021, que sumados reflejan un total de **1.758,1**, le correspondía al juzgador de primera instancia, como lo hizo, garantizar la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 CN) y ordenar el reconocimiento de la prestación.

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala se encuentra habilitada para revisar los parámetros considerados y definidos por el juzgado de instancia, con base en los cuales condenó a dicha entidad al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de vejez a favor del señor Jorge Hernando García.

En esa medida, resulta conveniente memorar que el fallador de primera instancia estimó que el actor acreditó 1.762.71 semanas cotizadas, sin embargo, de la verificación del historial de capital en Porvenir S.A. y Colpensiones¹³, se concluye que lo acumulado hasta el 30 de septiembre de 2021 asciende a 1.758,1 semanas como trabajador dependiente.

¹⁰ Archivo 02AnexosDemanda, página 26

¹¹ Archivo 21CarpetaAdmon2, GRP-SCH-HL-66554443332211_2090-20210927111631.pfd

¹² Archivo 23OficioPorvenir.pdf, páginas 4 a 9.

¹³ Archivo 24RespuestaPorvenir Páginas 4

Conforme a la solicitud de pensión radicada en Colpensiones el 4 de agosto de 2021¹⁴ y a la historia laboral allegada por Porvenir SA¹⁵, de septiembre de 2021, la última cotización del demandante data del mes de septiembre de 2021. Entonces, acorde con dicha documental el demandante reporta cotizaciones hasta el mes septiembre de 2021, pero a la vez se advierte que i) está afiliada; ii) su estado es activo y iii) viene cotizando al SGP como trabajador dependiente, de manera que, no es dable o exigible el disfrute de la prestación, toda vez que se requiere que se haya retirado del sistema y del servicio conforme lo dispone los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 que señalan, respectivamente:

“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión.”

Preceptos que resultan aplicables a la pensión de la que es acreedora la actora, en los términos del artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, es pertinente impartir a Colpensiones la orden de reconocer y pagar a la demandante la prestación pensional antes señalada, que será liquidada en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicándole la opción más favorable de las dos ofrecidas por la ley, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada siempre que acredite el retiro del sistema general de pensiones para que pueda entrar a disfrutarla¹⁶. Se absolverá a Colpensiones del pago del retroactivo pensional (SL348-2023 SL2272-2022 SL779-2022 SL1084-2023).

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 parágrafo 6.º de la misma normativa.

¹⁴ Archivo 21ExpedienteAdmon2, carpetaCC16588463, SAC-COM-AF-2021_8878073-20210804034153.

¹⁵ 24RespuestaPorvenir, páginas 4 a 9.

¹⁶ CSJ SL779-2022

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 el actor causó el derecho a la pensión de vejez el 4 de julio de 2019, es decir, en calenda posterior al **31 de julio de 2011, por lo cual, no quedó amparado** 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 parte activa.

Como no resulta procedente el reconocimiento de retroactivo, resulta inane el estudio de la excepción de prescripción y del reconocimiento de la indexación.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones y en favor del demandante.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala 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 CUARTO de la sentencia de primera instancia para ordenar a Protección S.A. reintegrar a Colpensiones los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, **debidamente indexados**, a costa de sus propios recursos y por el tiempo en que permaneció afiliado el demandante.

SEGUNDO: REVOCAR los ordinales QUINTO, SEXTO Y OCTAVO de la sentencia objeto de apelación y consulta para en su lugar ORDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la prestación pensional antes señalada, que debe ser liquidada en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicándole la opción más favorable de las dos ofrecidas por la ley, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada siempre que acredite el retiro del sistema general de pensiones para que pueda entrar a disfrutarla.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta.

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

QUINTO: Notifíquese esta decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Valle
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

En uso de permiso
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Acto Judicial

Cali-Valle
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO