

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	GUSTAVO ALBERTO MURCIA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.
LITISCONSORTE:	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
RADICACIÓN:	76001 31 05 018 2017 00010 01
JUZGADO DE ORIGEN:	DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN Y CONSULTA INEFICACIA/NULIDAD DE TRASLADO. PENSIÓN DE VEJEZ
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 081

Santiago de Cali, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO, GERMAN VARELA COLLAZOS y MARY ELENA SOLARTE MELO quien la preside, previa deliberación en los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia No. 229 del 30 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 429

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la nulidad del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA - RPM al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD - RAIS, se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a reconocer pensión de vejez bajo el régimen de transición de la

Ley 100 de 1993, a partir del 1 de agosto de 2010, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación de manera subsidiaria, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones señala que:

- i)** Nació el 5 de junio de 1948, cumpliendo los 60 años en el año 2008, siendo beneficiario del régimen de transición, y para el 1 de abril de 1994, tenía más de 15 años cotizados al RPM.
- ii)** Estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales – ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES desde el 19 de agosto de 1967 hasta julio de 1998, para un total de 1389 semanas.
- iii)** El 18 de mayo de 1998, se trasladó al RAIS con COLFONDOS S.A., traslado aprobado a partir del 1 de julio de 1998.
- iv)** Trato de regresar al RPM, lo cual nunca fue posible, puesto que le faltaban menos de 10 años para llegar a la edad pensional.
- v)** Solicitó a COLFONDOS S.A., pensión de vejez y el 3 de agosto de 2010, mediante comunicación BP-R-I-L 8287- 08-10, se reconoce la pensión en modalidad de retiro programado.
- vi)** En proyección de la mesada pensional de fecha 4 de junio de 2009, se le informa los posibles valores de la pensión, de acuerdo a la edad, la proyección es mucho más elevada que la suma que actualmente recibe.
- vii)** El traslado se realizó sin haberle informado ventajas y desventajas de dicha decisión.
- viii)** La pensión de vejez ha sido mal actualizada conforme al IPC.
- ix)** Ha solicitado la correcta actualización de la mesada pensional.
- x)** COLFONDOS S.A. informó que la disminución de la mesada para los meses de agosto y septiembre de 201 (sic), se debe a varios factores como, el saldo de la cuenta de ahorro individual, la fecha de nacimiento del pensionado, beneficiarios y tabla de mortalidad.

- xi)** El 2 de mayo de 2013, solicitó aclaración respecto del rendimiento financiero del bono pensional y el no incremento del IPC en el valor de la pensión de vejez.
- xii)** El valor de la pensión en el RPM para el año 2010, con 1680 semanas, sería de \$2.689.677. Para el año 2016 de \$3.326.266, frente al \$1.884.250 del RAIS.
- xiii)** El 12 de julio de 2016 solicitó nulidad de la afiliación a COLFONDOS S.A.
- xiv)** El 8 de julio de 2016 solicitó a COLPENSIONES, la nulidad del contrato de vinculación mediante el cual se dio el traslado al RAIS.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

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

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones en su contra y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“la innominada, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de legitimación por pasiva, prescripción, buena fe”*.

COLFONDOS S.A.

Manifiesta que sus asesores son capacitados para suministrar toda la información y asesoría completa y necesaria a sus clientes en relación con los productos y servicios prestados.

Se opone a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y propone como excepciones las que denominó: *“inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos s.a., falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho frente a Colfondos s.a. pensiones y cesantías, inviabilidad del traslado de régimen pensional, situación pensional*

consolidada – reconocimiento pensional, innominada o genérica, compensación y pago, prescripción, inexistencia de perjuicios”.

Adicionalmente, interpone demanda de reconvención, en la que pretende, se condene al señor GUSTAVO ALBERTO MURCIA a reintegrar a COLFONDOS S.A. las sumas de dinero recibidas por concepto de pensión de vejez, a partir de la fecha del reconocimiento del derecho y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

Se integró al litigio a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó: *“inexistencia de la obligación a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público - bono pensional emitido y remitido, buena fe, lo accesorio sigue la suerte de los principal, prescripción, excepción genérica”.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali por sentencia No. 229 del 30 de julio de 2019, resolvió

DECLARAR de oficio probada la excepción de inexistencia de la obligación, respecto de la demanda de reconvención.

DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias entre la pensión reconocida por COLFONDOS S.A. y la calculada, con anterioridad al 13 de enero de 2014, así como las mesadas pensionales desde el 1 de octubre de 2008 y hasta el 31 de julio de 2010. DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por COLPENSIONES respecto de los intereses moratorios.

DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

DECLARAR la ineficacia del traslado que el demandante efectuó desde el RPM al RAIS.

ORDENAR a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración conforme al artículo 13 literal q y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, este último debidamente indexado.

CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez, a partir del 13 de enero de 2014, en cuantía de \$3.246.982,38, sobre 13 mesadas anuales, las que deben incrementarse anualmente conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, con mesada para el 2019 de \$4.081.554,57.

Pagar las diferencias pensionales causadas entre el 13 de enero de 2014 y hasta el día anterior a la inclusión en nómina de pensionados o pago, sumas retroactivas deberán ser indexadas desde el 13 de enero de 2014 hasta el momento del pago. Liquidado el retroactivo al 30 de junio de 2019, asciende a la suma de \$68.174.874,97.

CONDENAR a COLFONDOS S.A. a pagar la pensión por ellos reconocida hasta la ejecutoria de la sentencia. y a COLPENSIONES a pagar a partir de la ejecutoria de la sentencia el 100% de la mesada reconocida.

ABSOLVER al demandante de las pretensiones de la demanda de reconversión.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El apoderado de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, solicitando imponer a COLFONDOS S.A. asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por el pago de las mesadas pensionales realizadas al demandante.

La apoderada de COLFONDOS S.A. interpone recurso de apelación, argumentando frente a la ineficacia del traslado, que se cumplen los presupuestos para que la misma pueda ser tenida en cuenta dentro de las afiliaciones al sistema general de pensiones, esto es, que el formulario de afiliación haya sido suscrito por el afiliado, toda vez que lo suscribió de su puño y letra y en segundo lugar que haya estado mediado por alguna presión, lo cual no quedó demostrado, y en este

caso el demandante se afilió de manera libre y espontánea sin ninguna presión y no puede predicarse que exista una ineficacia. Indica que la AFP siempre estuvo presta cualquier solicitud o a cualquier necesidad de información que hubiera tenido el demandante, pero él decidió no utilizar las oportunidades legales que tenía para retornar al régimen de prima media con prestación definida y lejos de ello, solicitó pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad, reconocida y pagada desde el año 2010 hasta la fecha, y no puede declararse una inexistencia de la filiación para trasladarse entre regímenes, pues el demandante tiene el estatus de pensionado y no de afiliado y la ley prohíbe su traslado

Afirma que no es procedente la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual, ni rendimientos, ni mucho menos los gastos de administración, pues estos se encuentran autorizados por la ley. En caso de ordenarse la devolución de rendimientos y adicionalmente los gastos de administración, se está ante un cobro de lo no debido, pues sin la buena gestión de la AFP, no existirían rendimientos, y si todo regresa a su estado anterior, es decir que no hubo afiliación, no existirían rendimientos.

Solicitó se estudie la absolución de la demanda de reconvención al demandante.

El apoderado del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, interpone recurso de apelación, manifestando que, si bien es cierto no hay una condena expresa para el Ministerio, si hay una condena implícita frente a lo que atañe al bono pensional, siempre se hizo alusión a la evolución de rendimientos, intereses, bonos de manera muy general, apartándose del verdadero régimen que regenta el tema de los bonos pensionales que es la ley 100 de 1993, es enfático en que ese bono pensional tipo A modalidad 2, fue creado única y exclusivamente para financiar pensiones del RAIS, como quiera que aquí se ha declarado la ineficacia de la afiliación, sin lugar a dudas que las cosas sufren un fenómeno y es que se retrotraen, razón por la cual no habría derecho a que se siga sosteniendo este bono pensional por eso la solicitud puntual del ministerio es que se ordene la anulación y la devolución de los recursos.

El apoderado del demandante interpone recurso de apelación, y sostiene que el actor solicitó el 12 de julio de 2016 ante COLFONDOS S.A. la nulidad del contrato de vinculación, sería entonces desde el 12 de julio de 2013 que se debía reconocer la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES. No está de acuerdo con la liquidación realizada con el promedio de los últimos 10 años daría un IBL de

\$2.987.974 y una mesada de \$2.689.677 para el 2010. Considera que se debe condenar a COLPENSIONES a pagar intereses moratorios, si a la ejecutoria de la sentencia no diera cumplimiento al fallo.

Se examina también por consulta en favor de COLPENSIONES, -artículo 69 CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007-.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

2. CONSIDERACIONES

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

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

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

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

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

¿Hay lugar a la devolución del bono pensional a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO?

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

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

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

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

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

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

El demandante venía vinculado válidamente al RMP desde el 19 de agosto de 1967 (fl. 57) hasta mayo de 1998 (f. 94, 276), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a COLFONDOS S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliado hasta la fecha.

El artículo 11 del Decreto 692 de 1994, establece que el trámite para la selección y vinculación que implica la aceptación de las condiciones propias del régimen para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, debe ser libre y voluntario por parte del afiliado, manifestando sin lugar a dudas, que exista la voluntad y el consentimiento debidamente informado de cuáles son las condiciones en las que se va a verificar esa vinculación.

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

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

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

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

Además, la Corte Suprema en Sentencia SL1452-2019, sostuvo:

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

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

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

Ahora, respecto al deber de información en la sentencia SL1452-2019, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral hace una amplia explicación de la evolución que ha tenido, dividiéndolo en etapas. La corporación sostiene que la prestación de un servicio público esencial con la incursión en el sistema de seguridad social de actores privados, como es el caso de las AFP del RAIS, ha estado desde un principio, sujeta a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba, entendiendo que la escogencia *libre y voluntaria* del régimen pensional necesariamente implica *conocimiento*, el cual solo se obtiene cuando se “saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole”. Encontrándose este aspecto establecido desde el Decreto 663 de 1993, y posteriormente en Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

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

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

información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
---	--	---

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que COLFONDOS S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, le suministrara al afiliado una “suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras”, situación que no aconteció, pues la única prueba que reposa en el expediente es la suscripción de un formulario de “solicitud de vinculación” (f. 94, 276), situación que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en él se impone en forma genérica la leyenda de que la escogencia del Régimen de Ahorro Individual se realizó “en forma libre, espontánea y sin presiones”.

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

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

De acuerdo a lo expuesto, es claro para la Sala que al momento de la afiliación del demandante al RAIS, la administradora no cumplió con el deber de información que le asistía para con el señor GUSTAVO ALBERTO MURCIA, por lo que en principio procedería la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, no obstante es preciso traer a colación que la Sala de Casación Laboral de la Corte

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, cambió su posición frente a la procedencia de la ineficacia de traslado, cuando al accionante se le hubiere reconocido pensión de vejez en el RAIS (bajo cualquiera de sus modalidades), exponiendo lo siguiente:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con revelar algunas situaciones:

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

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

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

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

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales

del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

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

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

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

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

afiliación, como lo es el reconocimiento pensional; en este orden de ideas la consecuencia para los dos actos sería su ineficacia.

En este sentido, es importante resaltar que los vicios del consentimiento generados al momento de la afiliación del actor, no pueden entenderse saneados por adquirir el afiliado el estatus de pensionado, pues los vicios de la voluntad invalidan el acto de afiliación, ya que como lo determina el artículo 1502 del Código Civil, el consentimiento es un factor imperante para que le sean oponibles los efectos jurídicos de un contrato, aspecto que no es superable por el pasar del tiempo ni por el cambio de calidad de las partes.

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

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

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

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

En consecuencia, en virtud de lo previsto en el art. 963 del C.C., al advertirse el actuar indebido de la AFP, esta debe asumir a su cargo los deterioros

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

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

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

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

Adicionalmente como ya se refirió, como la declaratoria de la ineficacia no obedece al proceder indebido del actor sino de la administradora, *“...ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, **las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez,***

ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.” (SL 4933-2019).

Conforme a lo expuesto, la Sala se aparta del precedente actual de la Corte Suprema de Justicia (SL 373-2021) y en su lugar, continua con la postura en la que se posibilita la ineficacia de traslado para quienes hayan alcanzado el estatus de pensionados en el RAIS.

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

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

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

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

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

Ahora, siendo procedente la ineficacia del traslado o afiliación al RAIS, respecto de las implicaciones como consecuencia de esta, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4360-2019, estableció que, tanto para la ineficacia como para la nulidad del traslado de régimen, “...que las

consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda...” y esta es que se debe declarar que “...*el negocio jurídico no se ha celebrado jamás*”, sosteniendo que:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto por el alto tribunal laboral, dada la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, se tiene que el actor nunca salió del primero, conservando todos los beneficios a que tuviere derecho de no haberse retirado, esto incluido el beneficio del régimen de transición si hubiera el caso³. Adicionalmente al establecerse que el demandante nunca dejó el RPM, es COLPENSIONES como administradora de dicho régimen, quien esta llamada a reconocer la pensión de vejez del actor, incluido el pago de retroactivo pensional, pues este se genera con ocasión del pago de las mesadas

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

generadas a partir de la causación del derecho y el momento en que se realiza el ingreso en nómina respectivo.

Sobre las sumas adicionales de las aseguradoras, se debe señalar que se condena a la devolución del porcentaje destinado a financiar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, mismos que hacen parte del porcentaje de gastos de administración, en los términos del Art. 20 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, resulta procedente la condena impuesta por el *a quo*; se adicionará la decisión para ordenar que los gastos de administración sean devueltos con cargo al propio patrimonio de COLFONDOS S.A., y para establecer que la AFP de RAIS deberá asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir, la reducción del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el RAIS y por los gastos de administración en que se incurrió; se ordenará a COLPENSIONES aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales al afiliado.

Respecto de la apelación propuesta por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, es preciso indicar que el bono pensional a que se hace referencia y que fue emitido por los aportes del demandante realizados previos al traslado al RAIS, tienen como destino final la financiación de la pensión de vejez del actor, tanto en el régimen de ahorro individual como en el de régimen de prima medía y dado que el valor correspondiente del mismo fue integrado a la cuenta de ahorro individual del actor, este valor debe ser remitido a COLPENSIONES en cabeza de quien, dada la ineficacia del traslado declarada en el sub examine, queda la obligación pensional respecto del demandante y en ese sentido no hay lugar a dar prosperidad al recurso interpuesto al respecto⁴.

Respecto a la excepción de prescripción, considera la sala que no prospera, pues en tratándose de derechos en materia de seguridad social, como lo es la libre

⁴ SL2515-2022: *“Es decir, que al declararse la ineficacia del traslado del actor del RPM al RAIS y como consecuencia de ello se ordenó la devolución de aportes a pensión realizados por el afiliado, los rendimientos, frutos, intereses, cuotas de administración, «bonos pensionales» entre otros, es menester precisar, que como quiera que el título pensional fue emitido, liquidado y redimido su valor de \$240.548.000 y consignado en la cuenta de ahorro individual a favor del afiliado, dicho monto integra los recursos, cuya finalidad es la financiación de la prestación de vejez del actor en el RPM administrado por Colpensiones, objetivo del proceso y de la condena impuesta por el Tribunal, no es posible el reintegro del referido valor representado en el aludido bono pensional.”*

escogencia de régimen, se tornan imprescriptibles e irrenunciables conforme lo señala el artículo 48 de la CP y la jurisprudencia⁵.

PENSIÓN DE VEJEZ

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

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

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

El artículo 36 de Ley 100 de 1993, establece:

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

El demandante nació el 5 de junio de 1948 (f. 26), por tanto, al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 45 años de edad, acreditando a esa fecha 1.178,14 semanas cotizadas (fl. 57), siendo beneficiario del régimen de transición, el cual se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2014, dado el número de semanas cotizadas por el actor.

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

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, tiene como requisitos para acceder a la prestación por vejez, el cumplimiento de 60 años para el caso de los hombres y acreditar 1.000 semanas en cualquier tiempo o 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión.

Dada la fecha de nacimiento del demandante, el 5 de junio de 1948, los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2008, acreditando el primer requisito y dado que para dicha data superaba las 1.000 semanas de cotización, le asiste el derecho a la pensión de vejez a partir del 5 de junio de 2008; no obstante, del reporte de periodos cotizados (fl. 208-209), se tiene que el último aporte se realizó para el periodo de septiembre de 2008, debiendo en principio reconocer su derecho desde el 1 de octubre de 2008,

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

El demandante nació el 5 de junio de 1948, al 1 de abril de 1994, contaba con 45 años de edad, faltándole más de 10 años para alcanzar los 60 años, por consiguiente, el cálculo del IBL debe realizarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993. En primera instancia se estableció como la opción más favorable para liquidar el IBL, aquella realizada con el promedio de aportes de los últimos 10 años.

Realizados los cálculos respectivos, encontró la Sala con el promedio de aportes de los últimos 10 años, un IBL para el 1 de octubre de 2008 de \$2.925.751, que aplicando una tasa de reemplazo del 90%, resulta en una mesada de \$2.633.176, valor que resulta inferior al liquidado en primera instancia para el año 2008 de \$2.645.532,13, por lo que será modificada la decisión al estudiarse en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, sin que prospere la apelación de la parte demandante.

A folios 222-223, se encuentra documento por medio del cual COLFONDOS S.A. reconoce pensión de vejez al actor, a partir de agosto de 2010, en cuantía de \$1.901.644, al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4933-2019, señaló:

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

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

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

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

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

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

prima media, de no haberse efectuado el traslado, cuya única responsabilidad recae en esta AFP, al haber omitido su imperioso deber de información.

(...)

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

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

Ahora bien, de conformidad a lo expuesto por el tribunal de cierre de lo laboral, ha sido determinación de la Sala, condenar a COLPENSIONES al pago de las diferencias pensionales entre la mesada reconocida en el RAIS y la que le corresponde en el RPM, sin que prosperen las pretensiones de la demanda de reconvencción formulada por COLFONDOS S.A.

Pese a lo anterior, en el numeral SEGUNDO de la sentencia objeto de estudio se dispuso: *“DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción respecto de las diferencias entre la pensión reconocida por **COLFONDOS S.A.** y la calculada por este despacho por los periodos de agosto de 2010 hasta el 13 de enero de 2014, así como las mesadas pensionales desde el 1 de octubre de 2008 y hasta el 31 de julio de 2010.”*

Si bien no opera la prescripción frente a la declaración de ineficacia, se estudiara la procede respecto de las mesadas pensionales. Así, el término trienal se contabilizará a partir de la radicación de la demanda, lo que ocurrió el 13 de enero de 2017 (f. 25), pues COLPENSIONES no tenía la facultad ni para determinar la nulidad del traslado ni para reconocer la pensión con anterioridad a la reclamación de estos derechos por vía judicial, por tanto concluye la Sala que ha operado el fenómeno prescriptivo respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 13 de enero de 2014, confirmándose en este sentido la decisión al respecto.

Así las cosas, se condenará a COLPENSIONES a pagar por concepto de diferencias pensionales por mesadas causadas entre el 13 de enero de 2014 y el 30 de septiembre de 2022, la suma de **DOSCIENTOS CATORCE MILLONES**

SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SETENTA Y CUATRO PESOS (\$214.659.074); para el cálculo de las diferencias se solicitó los valores efectivamente pagados por parte de COLFONDOS S.A. por concepto de pensión de vejez del RAIS (26ResptaRequerColfondos01820170001001).

La mesada pensional para el año 2022 a reconocer por COLPENSIONES asciende a la suma de **CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTICINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$4.525.558).**

13/01/2014	31/12/2014	0,0366	12,6	\$ 3.231.817	\$ 1.966.400	\$ 1.265.417	\$ 15.944.256
1/01/2015	31/12/2015	0,0677	13	\$ 3.350.102	\$ 1.908.650	\$ 1.441.452	\$ 18.738.871
1/01/2016	31/12/2016	0,0575	13	\$ 3.576.904	\$ 1.844.205	\$ 1.732.699	\$ 22.525.081
1/01/2017	31/12/2017	0,0409	13	\$ 3.782.575	\$ 1.950.246	\$ 1.832.329	\$ 23.820.283
1/01/2018	31/12/2018	0,0318	13	\$ 3.937.283	\$ 1.952.350	\$ 1.984.933	\$ 25.804.127
1/01/2019	31/12/2019	0,038	13	\$ 4.062.488	\$ 1.952.350	\$ 2.110.138	\$ 27.431.799
1/01/2020	31/12/2020	0,0161	13	\$ 4.216.863	\$ 2.014.300	\$ 2.202.563	\$ 28.633.319
1/01/2021	31/12/2021	0,0562	13	\$ 4.284.754	\$ 2.046.730	\$ 2.238.024	\$ 29.094.318
1/01/2022	30/09/2022		9	\$ 4.525.558	\$ 2.007.000	\$ 2.518.558	\$ 22.667.019
TOTAL RETROACTIVO DIFERENCIAS							\$ 214.659.074

Conforme a lo expuesto, se modificará la sentencia bajo estudio, condenando en costas a COLFONDOS S.A., y sin condena en costas por la consulta <artículo 392 CPC, modificado artículo 365 CGP, aplicable por analogía, artículo 145 CPTSS>.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral **QUINTO** de la sentencia No. 229 del 30 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** a devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, y a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir, la reducción del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por pago de mesadas pensionales en el RAIS y por los gastos de administración en que se incurrió.

SEGUNDO.- MODIFICAR el numeral **SEXTO** de la sentencia No. 229 del 30 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali en el

sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al señor **GUSTAVO ALBERTO MURCIA** de notas civiles conocidas en el proceso, pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 13 de enero de 2014, en cuantía de **TRES MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$3.231.817)**, teniendo como mesada pensional para el año 2022 la suma de **CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTICINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$4.525.558)**.

COLPENSIONES debe pagar por concepto de diferencias pensionales por mesadas causadas entre el 13 de enero de 2014 y el 30 de septiembre de 2022, la suma de **DOSCIENTOS CATORCE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SETENTA Y CUATRO PESOS (\$214.659.074)**.

Confirmar en lo demás el numeral.

TERCERO.- ADICIONAR la sentencia No. 229 del 30 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **IMPONER** a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el traslado del demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales al afiliado.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARY ELENA SOLARTE MELO
Con firma electrónica



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO



GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

Mary Elena Solarte Melo

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 006 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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

Código de verificación: **79f80c518834e89c78bf68adeef374c8b4ae60461359cd88e04fce991f3164a3**

Documento generado en 30/11/2022 07:06:25 AM

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