

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	LUIS ALFONSO CANTILLO MONDRAGÓN
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE:	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
RADICACIÓN:	76001 31 05 016 2019 00004 01
JUZGADO DE ORIGEN:	DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN INEFICACIA/NULIDAD DE TRASLADO, PENSIÓN DE VEJEZ.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 106

Santiago de Cali, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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 recurso de apelación interpuesto contra la sentencia No. 254 del 11 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 25

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se declare la nulidad del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – RAIS; se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez conforme al régimen de transición, aplicando el Acuerdo 049 de 1990, indexación y costas.

Como fundamento de sus pretensiones señala que:

- i) Nació el 15 de noviembre de 1951. Al 1 de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio, lo que lo hace beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- ii) Se afilió al RPM el 1 de febrero de 1985, cotizando del 11 de julio de 1968 al 31 de marzo de 1996, un total de 1329 semanas cotizadas.
- iii) El 14 de marzo de 1996 se trasladó al RAIS con PORVENIR S.A., motivado por la información suministrada por los asesores del fondo.
- iv) Tenía 44 años de edad y más de 25 años cotizados cuando efectuó el traslado.
- v) El fondo privado no cumplió con el deber de información e ilustración sobre los beneficios o perjuicios que le acarrearían el cambio de régimen pensional. El ISS hoy COLPENSIONES tampoco lo asesoró respecto del traslado.
- vi) Durante toda la vida laboral cotizó 1.685 semanas.
- vii) A la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 acredita los requisitos para continuar con el régimen de transición.
- viii) Mediante comunicación del 30 de noviembre de 2009, HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. informó que a partir del 1 de diciembre de 2009, reconocerían pensión anticipada de vejez, en cuantía mensual de \$1.933.965.
- ix) El 15 de noviembre de 2018, solicitó traslado de régimen y reconocimiento de pensión de vejez, petición negada por la entidad.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Formula las excepciones de mérito que denominó: *“inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido, innominada”*.

PORVENIR S.A.

Formula como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, a cargo de mi representada respecto de revocar una pensión anticipada de vejez válidamente reconocida y con financiación del Estado – Bono, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, imposibilidad jurídica y financiera de revocar pensión de vejez, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación al RAIS, buena fe, afectación financiera e imposibilidad material y jurídica para revocar una pensión de vejez en caso de prosperar las pretensiones del accionante, compensación, innominada o genérica”*.

Interpone demanda de reconvención, solicitando que en el evento de declararse la nulidad de la vinculación y autorice el traslado de régimen pensional, se reintegre las sumas de dinero que la AFP, los valores que se hayan pagado y se paguen en adelante como mesadas pensionales de vejez, debidamente indexadas y hasta la ejecutoria del presente proceso ordinario.

Mediante auto interlocutorio del 25 de octubre de 2019, se integró al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, quien formula como excepciones de mérito que denominó: *“inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación, buena fe”*.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 254 del 11 de noviembre de 2021, declaró probadas las excepciones de mérito, absolviendo a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia y en su lugar se reconozcan las pretensiones de la demanda, indicando que la figura jurisprudencial que soporta la ineficacia del traslado es la ausencia de información respecto de las implicaciones del traslado

de régimen, y está probado en el proceso que dicho deber no fue cumplido y como esa es la figura que la Corte Suprema de Justicia ha utilizado, debería ser aplicado tanto para afiliados y pensionados. Se debe aplicar como doctrina probable la posición que por más de 12 años sostuvo la Corte Suprema de Justicia respecto de la ineficacia de traslado tanto para afiliados como para pensionados, lo contrario sería atentar contra los derechos fundamentales de los pensionados.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por un término de cinco (5) días para que presenten alegatos de conclusión.

Dentro del plazo conferido, presentaron alegatos de conclusión COLPENSIONES, PORVENIR 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 posible aplicar la línea jurisprudencial que venía sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para casos de ineficacia y/o nulidad de traslado para afiliados pensionados en el RAIS? De ser así:

¿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?

¿Es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES?

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

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

En primer lugar, procede la Sala a referirse sobre su posición respecto a la procedencia de la ineficacia y/o nulidad de traslado para el caso de pensionados en el RAIS.

La Sala de Casación Laboral de la Corte 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 *apartamento*, 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, la 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 los 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.

Así las cosas, tal como se refirió con anterioridad, la Sala se aparta del nuevo criterio de la Corte Suprema de Justicia y en ese sentido considera que es procedente estudiar la posible ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS.

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 16 de febrero de 1967 (fl.20 - 01Demanda) hasta el 14 de marzo de 1996, fecha en la que se reporta un traslado a PORVENIR S.A. (fl.24 - 01Demanda)., con traslado posterior dentro del RAIS, el 30 de julio de 2001 a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliado hasta la fecha (fl.26 - 01Demanda).

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

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.

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”.

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.

Etapa acumulativa	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	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

	menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que PORVENIR S.A. y HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, y los traslados dentro del RAIS, le suministraran 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” y el formulario SIAF emitido por ASOFONDOS (fl.24-26, 141 - 01Demanda), 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 PORVENIR S.A., y HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al 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.

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

No hay prueba en el expediente, y tenía PORVENIR 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 de la demandante al RAIS, las administradoras no cumplieron con el deber de información que le asistía para con el señor LUIS ALFONSO CANTILLO MONDRAGÓN, por tanto, procedería la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen;

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 a 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 la ineficacia del traslado de la 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 la demandante nunca dejó el RPM, es COLPENSIONES como administradora de dicho régimen, quien está 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 generadas a partir de la causación del derecho y el momento en que se realiza el ingreso en nómina respectivo.

Así las cosas, es procedente condenar a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, los bonos pensionales si los hubiere, los gastos de administración generados en los periodos en que administró los aportes del demandante, indexados y con cargo a su propio patrimonio, rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, sin derecho a descontar los valores pagados por concepto de mesadas pensionales pagadas al demandante, estas las deberá pagar de su propio peculio y entregar todo el capital completo a COLPENSIONES.

Respecto a la excepción de prescripción que fuera propuesta, considera la sala que no prospera, pues en tratándose de derechos en materia de seguridad social, como lo es la libre escogencia de régimen, se tornan imprescriptibles e irrenunciables conforme lo señala el artículo 48 de la CP y la jurisprudencia⁴.

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.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL3745 -2020, estableció:

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.*

⁴ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019.

“Es necesario recordar que la declaratoria de ineficacia de la afiliación o traslado de la 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 15 de noviembre de 1951 (f. 17– 01Demanda), por tanto, al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 42 años de edad, superando la edad requerida por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición.

El Acto Legislativo 01 de 2005 estableció límite en el tiempo para acceder a los derechos pensionales en aplicación del régimen de transición, es así como en su párrafo transitorio 4 consagró que el beneficio de la transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para quienes tengan cotizadas al menos 750 semanas a la entrada en vigencia de dicha norma (25 de julio de 2005), extendiéndose el beneficio hasta el 31 de diciembre de 2014.

De acuerdo a la información consignada en la historia laboral (f.20-23, 01Demanda), se tiene que el demandante al 1 de abril de 1994 contaba con 1.022,55 semanas cotizadas, lo que implica que por la densidad de semanas también es beneficiario del régimen de transición, lo conserva hasta el 31 de diciembre de 2014, y tenía la potestad de retornar al RPM en cualquier tiempo, de acuerdo con la jurisprudencia.

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 1000 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, 15 de noviembre de 1951, los 60 años de edad los cumple el mismo día y mes del año 2011, para cuando ya superaba las 1.000 semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, pues como se indicó, ya para el 1 de abril de 1994 contaba con 1022,55 semanas cotizadas, y en toda su vida laboral, hasta el 30 de noviembre de 2009, cuenta con 1915,14 semanas cotizadas, cumpliendo con la totalidad de requisitos establecido para acceder a la prestación bajo el beneficio transicional.

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 15 de noviembre de 1951, al 1 de abril de 1994, contaba con 42 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.

El IBL más favorable al actor es el obtenido con el promedio de aportes de los últimos 10 años con un valor de **DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SIETE PESOS (\$2.799.307)**, que aplicada una tasa de reemplazo del 90% (1.915,14 semanas cotizadas), resulta en una mesada de **DOS MILLONES QUINIENTOS DIECINUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$2.519.377)**.

La demanda propuso la excepción de prescripción, artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. El derecho pensional es imprescriptible; sin embargo, al ser la pensión de vejez, una prestación de tracto sucesivo, prescribe lo que no se reclame en forma oportuna.

La pensión de vejez se reconoce a partir del 15 de noviembre de 2011, al presentarse la demanda el 15 de enero de 2019, ha operado el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas causadas con anterioridad al 15 de enero de 2016, debiendo indicarse que COLPENSIONES solo adquiere la competencia sobre el derecho prestacional del actor, por el resultado del presente proceso, sin que pudiera antes de ello reconocer la pensión de vejez pretendida.

Ordinario de Luis Alfonso Cantillo Mondragón contra Colpensiones y otro
Rad. 760013105 016 2019 00004 01

Expediente	76 001 31 05 01016 2019 00004 01			DESPACHO: Tribunal Superior de Cali Sala Laboral				
Demandante	LUIS ALFONSO CATILLO MONDRAGÓN			Nacimiento:	15/11/1951	60 años a	15/11/2011	
Edad a	1/04/1994	42	años	Última cotización:			30/11/2009	
Sexo (M/F):	M			Desde		Hasta:	30/11/2009	
Desafiliación:		Folio		Días faltantes desde 1/04/94 para requisitos			6.344	
Calculado con el IPC base 2008				Fecha a la que se indexará el cálculo			15/11/2011	
SBC: Indica el número de salarios base de cotización que se están acumulando para el período.								
PERIODOS (DD/MM/AA)	SALARIO	SBC	ÍNDICE	ÍNDICE	DÍAS DEL	SALARIO	IBL	
DESDE	HASTA	COTIZADO	INICIAL	FINAL	PERIODO	INDEXADO		
29/11/1999	31/12/1999	3.180.000	1	52,180000	73,450000	32	4.476.255	39.788,94
1/01/2000	31/01/2000	2.366.000	1	57,000000	73,450000	30	3.048.819	25.406,83
1/02/2000	29/02/2000	4.970.256	1	57,000000	73,450000	30	6.404.654	53.372,12
1/03/2000	31/03/2000	5.206.297	1	57,000000	73,450000	30	6.708.816	55.906,80
1/04/2000	30/04/2000	2.603.000	1	57,000000	73,450000	30	3.354.217	27.951,81
1/05/2000	31/05/2000	1.302.000	1	57,000000	73,450000	30	1.677.753	13.981,27
1/06/2000	30/06/2000	1.302.000	1	57,000000	73,450000	30	1.677.753	13.981,27
1/07/2000	31/12/2000	2.603.000	1	57,000000	73,450000	180	3.354.217	167.710,83
1/01/2001	31/07/2001	2.603.000	1	61,990000	73,450000	210	3.084.213	179.912,41
1/08/2001	31/10/2001	5.203.660	1	61,990000	73,450000	90	6.165.653	154.141,32
1/11/2001	31/12/2001	2.603.000	1	61,990000	73,450000	60	3.084.213	51.403,55
1/01/2002	31/01/2002	2.812.000	1	66,730000	73,450000	30	3.095.181	25.793,17
1/02/2002	28/02/2002	2.737.100	1	66,730000	73,450000	30	3.012.738	25.106,15
1/03/2002	31/03/2002	2.737.100	1	66,730000	73,450000	30	3.012.738	25.106,15
1/04/2002	30/04/2002	2.811.900	1	66,730000	73,450000	30	3.095.071	25.792,25
1/05/2002	31/05/2002	2.811.900	1	66,730000	73,450000	30	3.095.071	25.792,25
1/06/2002	30/06/2002	2.744.385	1	66,730000	73,450000	30	3.020.756	25.172,97
1/07/2002	31/07/2002	2.811.900	1	66,730000	73,450000	30	3.095.071	25.792,25
1/08/2002	31/08/2002	2.739.900	1	66,730000	73,450000	29	3.015.820	24.294,10
1/09/2002	30/09/2002	2.739.670	1	66,730000	73,450000	29	3.015.567	24.292,06
1/10/2002	31/10/2002	2.811.900	1	66,730000	73,450000	30	3.095.071	25.792,25
1/11/2002	30/11/2002	2.811.900	1	66,730000	73,450000	30	3.095.071	25.792,25
1/12/2002	31/12/2002	2.811.900	1	66,730000	73,450000	30	3.095.071	25.792,25
1/01/2003	31/12/2003	3.021.000	1	71,400000	73,450000	360	3.107.737	310.773,74
1/01/2004	30/04/2004	3.543.000	1	76,030000	73,450000	120	3.422.772	114.092,40
1/05/2004	31/05/2004	2.513.000	1	76,030000	73,450000	30	2.427.724	20.231,03
1/06/2004	31/12/2004	2.200.000	1	76,030000	73,450000	210	2.125.345	123.978,47
1/01/2005	31/10/2005	2.200.000	1	80,210000	73,450000	300	2.014.587	167.882,23
1/11/2005	30/11/2005	2.429.000	1	80,210000	73,450000	30	2.224.287	18.535,72
1/12/2005	31/12/2005	2.200.000	1	80,210000	73,450000	30	2.014.587	16.788,22
1/01/2006	30/09/2006	2.200.000	1	84,100000	73,450000	270	1.921.403	144.105,23
1/10/2006	31/10/2006	2.383.000	1	84,100000	73,450000	30	2.081.229	17.343,57
1/11/2006	30/11/2006	2.200.000	1	84,100000	73,450000	30	1.921.403	16.011,69
1/12/2006	31/12/2006	2.200.000	1	84,100000	73,450000	30	1.921.403	16.011,69
1/01/2007	31/12/2007	2.338.000	1	87,870000	73,450000	360	1.954.320	195.432,00
1/01/2008	31/12/2008	2.700.000	1	92,870000	73,450000	360	2.135.404	213.540,43
1/01/2009	31/01/2009	2.970.000	1	69,800000	73,450000	30	3.125.308	26.044,23
1/02/2009	28/02/2009	3.465.000	1	69,800000	73,450000	30	3.646.193	30.384,94
1/03/2009	31/03/2009	2.970.000	1	69,800000	73,450000	30	3.125.308	26.044,23
1/04/2009	30/04/2009	2.970.000	1	69,800000	73,450000	30	3.125.308	26.044,23
1/05/2009	31/05/2009	3.279.000	1	69,800000	73,450000	30	3.450.466	28.753,89
1/06/2009	30/06/2009	3.527.000	1	69,800000	73,450000	30	3.711.435	30.928,62
1/07/2009	31/07/2009	3.700.000	1	69,800000	73,450000	30	3.893.481	32.445,68
1/08/2009	31/08/2009	3.700.000	1	69,800000	73,450000	30	3.893.481	32.445,68
1/09/2009	30/09/2009	4.162.000	1	69,800000	73,450000	30	4.379.640	36.497,00
1/10/2009	31/10/2009	3.931.000	1	69,800000	73,450000	30	4.136.561	34.471,34
1/11/2009	30/11/2009	3.700.000	1	69,800000	73,450000	30	3.893.481	32.445,68
								2.799.307
TOTAL DÍAS						3.600		
TOTAL SEMANAS COTIZADAS						514,29		
TASA DE REEMPLAZO		90%			PENSION			2.519.377
SALARIO MÍNIMO		2.011			PENSIÓN MÍNIMA			535.600

Respecto de los valores pagados por concepto de pensión de vejez por PORVENIR S.A., al demandante, es preciso indicar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4933-2019, al resolver un caso similar al estudiado por la Sala, estipuló:

“En el presente asunto, la 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.”

De conformidad al criterio jurisprudencial en cita, habrá de condenar a COLPENSIONES solo al pago de las diferencias pensionales, entre la mesada reconocida en el RAIS y aquella que se reconoce en el presente proceso.

COLPENSIONES, adeuda al demandante la suma de **CINCUENTA Y OCHO MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$58.149.698)** por concepto de diferencias de pensión de vejez, por mesadas causadas entre el 15 de enero de 2016 y el 30 de noviembre de 2022. Y a partir del 1 de diciembre de 2022, continuar pagando una mesada de **TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIUN MIL QUINIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$3.821.527)**.

15/01/2016	31/12/2016	0,0575	13	\$ 2.439.951	\$ 3.020.453	\$ 580.502	\$ 7.275.627
1/01/2017	31/12/2017	0,0409	13	\$ 2.580.248	\$ 3.194.129	\$ 613.881	\$ 7.980.456
1/01/2018	31/12/2018	0,0318	13	\$ 2.685.780	\$ 3.324.769	\$ 638.989	\$ 8.306.858
1/01/2019	31/12/2019	0,038	13	\$ 2.771.188	\$ 3.430.497	\$ 659.309	\$ 8.571.016
1/01/2020	31/12/2020	0,0161	13	\$ 2.876.493	\$ 3.560.856	\$ 684.363	\$ 8.896.715
1/01/2021	31/12/2021	0,0562	13	\$ 2.922.804	\$ 3.618.185	\$ 695.381	\$ 9.039.952
1/01/2022	30/11/2022		11	\$ 3.087.066	\$ 3.821.527	\$ 734.461	\$ 8.079.075
TOTAL RETROACTIVO							\$ 58.149.698

Se reconocerá la indexación de las sumas adeudadas, pues esta figura tiene por finalidad hacer frente a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Dado el resultado del presente proceso, no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones de la demanda de reconvención presentada por PORVENIR S.A.

Costas en primera instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. No se causan costas en esta instancia.

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.- REVOCAR la sentencia No. 254 del 11 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora **LUIS ALFONSO CANTILLO MONDRAGÓN**, de notas civiles conocidas en el proceso, con **PORVENIR S.A.**, así como el traslado horizontal.

TERCERO.- CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiera recibido por la afiliación del señor **LUIS ALFONSO CANTILLO MONDRAGÓN**, como cotizaciones, los bonos pensionales si los hubiere, los gastos de administración indexados y con cargo a su propio patrimonio, rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, sin derecho a descontar los valores pagados por concepto de mesadas pensionales pagadas a la demandante, estas las deberá pagar de su propio peculio y entregar todo el capital completo a **COLPENSIONES**.

CUARTO.- IMPONER a **COLPENSIONES** la obligación de recibir aceptar la afiliación del señor **LUIS ALFONSO CANTILLO MONDRAGÓN**, así como los emolumentos que se ordena transferir a las AFP del RAIS, sin solución de continuidad ni cargas adicionales al demandante.

QUINTO.- CONDENAR a **COLPENSIONES** a pagar al señor **LUIS ALFONSO CANTILLO MONDRAGÓN**, la suma de **CINCUENTA Y OCHO MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$58.149.698)**, por concepto de diferencias de pensión de vejez, por mesadas causadas entre el 15 de enero de 2016 y el 30 de noviembre de 2022, suma que se cancelara debidamente indexada, a la fecha en que se realice el pago de la obligación. Y a partir del 1 de diciembre de 2022, continuar pagando una mesada de **TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIUN MIL QUINIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$3.821.527)**.

SEXTO.- ABSOLVER al señor **LUIS ALFONSO CANTILLO MONDRAGÓN**, de todas las pretensiones incoadas en su contra por **PORVENIR S.A.**

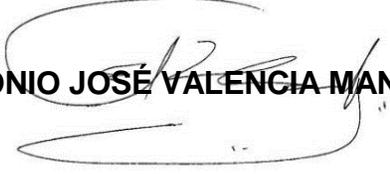
SÉPTIMO.- COSTAS en primera instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** Las costas impuestas serán fijadas y liquidadas por el a quo conforme el Art. 366 del C.G.P. **SIN COSTAS** en esta instancia.

OCTAVO.- 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