



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADO PONENTE**

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA ELENA GALLEGO JURADO** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

EXP. 76001-31-05-006-2020-00444-01

Santiago de Cali, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente probada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y Protección S.A., en contra de la sentencia n°. 317 del 14 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º 340

I. ANTECEDENTES

La señora María Elena Gallego Jurado presentó demanda ordinaria laboral en contra de Protección S.A. y Colpensiones con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad de su traslado al RAIS. **2)** En consecuencia, se tenga como afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones. **3)** Así mismo, solicitó condenar a esta entidad al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003. **5)** Por último, petición el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible a folios 4 a 14 Archivo 01 ED, al igual que en las contestaciones vertidas a folios 4 a 21 Archivo 07 ED (Protección), y folios 2 a 30 Archivo 09 ED (Colpensiones).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia n.º 317 del 14 de diciembre de 2021, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante a Protección S.A., junto a la obligación de trasladar a Colpensiones los aportes efectuados por ella, al igual que los bonos pensionales, cotizaciones, rendimientos y los gastos de administración en proporción al tiempo en que estuvo afiliada la actora a dicha AFP. A la par, dispuso que Colpensiones aceptara el traslado de la demandante sin solución de continuidad y cargas adicionales. No obstante, negó la pensión de vejez reclamada en la

demanda.

Fundamentó su decisión en que, dentro del proceso le correspondía a la AFP demostrar que brindó a la demandante la debida asesoría, informando las características, ventajas y desventajas objetivas del traslado y sus consecuencias jurídicas, argumentos que reforzó a partir de la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, puntualmente la sentencia del 3 de abril de 2019 Rad. 68852 del 3 de abril de 2019. En ese sentido, expuso que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para entender configurado el deber de información que le permitió a la afiliada tener todos los elementos de juicio para tomar la decisión de trasladarse, carga que le correspondía a la administradora del RAIS. No obstante, previa búsqueda de los elementos de prueba, no encontró ninguno que pudiera demostrar el cumplimiento de la AFP, respecto de todos los componentes y consecuencias de aquel traslado de régimen, lo cual debió hacerse tanto desde el momento previo a la afiliación como durante el desarrollo de la misma, siendo su obligación describir concretamente todo lo relacionado con los beneficios y afectaciones que conlleva este trámite y en términos que pudieran ser entendidos por la persona, más aún si esta es inexperta en asuntos de tan alta complejidad como los financieros. En consecuencia, consideró procedente declarar la ineficacia del traslado petitionada en el gestor.

Frente a la pensión de vejez reclamada, expuso que la misma no era procedente como quiera que son las administradoras de pensiones las encargadas de realizar el estudio del cumplimiento de los requisitos de acuerdo con la norma aplicable, para lo cual tiene un plazo de 4 meses según lo establecido en el inciso 3º del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, a partir de lo cual, señaló que Colpensiones no tuvo la

posibilidad de analizar las condiciones de la demandante de manera íntegra.

III. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando, que la demandante, previo a su afiliación al RAIS, fue informada de las características de ambos regímenes, y fue ella quien tomó la decisión consciente y libre de coacción respecto del traslado de régimen. Preciso que los fondos de pensiones están sometidos al imperio de la Ley y la reglamentación de la Superintendencia Financiera, añadiendo que siempre han contado con un plan de pensiones obligatorias aprobados por dicha entidad, mismo que se ha hecho extensivo a los posibles afiliados. Indicó que solo a partir de la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, los fondos deben dar una asesoría escrita frente a los montos de las mesadas a percibir, pues anteriormente la asesoría era verbal, como ocurrió en el caso de la demandante. Seguidamente, expuso que a la actora siempre se le puso de presente el derecho de retracto (Decreto 1161 de 1994).

De otro lado, manifestó que no había lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración, al tratarse de un descuento autorizado en la Ley y no por capricho de la AFP, conforme lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que aplica en el RPMPD y el RAIS, sumado a que la entidad administró los recursos de la actora con la mayor diligencia y cuidado, en su calidad de entidad financiera, lo cual se ve reflejado en los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual. En ese sentido, arguyó que, de mantenerse la decisión, únicamente es posible devolver los aportes existentes en la cuenta, pero no los gastos de administración y rendimientos, toda vez que se tratan de comisiones ya causadas.

Continuó, invocando el artículo 1746 Código Civil que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad, tras contener que, si la consecuencia de la ineficacia es considerar que el contrato de afiliación nunca existió, esta AFP no debió administrar los aportes de la demandante, los rendimientos no se causaron, como tampoco hubo cobro de gastos de administración, sin que pueda, bajo la idea de las restituciones mutuas, desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, que para el afiliado están representados en los rendimientos, y para la AFP en las comisiones de administración, que insistió, debe conservar. Así mismo, arguyó que imponer la devolución de los rendimientos y los gastos de administración constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, pues se estaría beneficiando de la administración desplegada por la entidad, sin reconocer concepto alguno.

Por último, expresó inconformismo con la condena en costas, al decir que, si bien resultaron vencidos en juicio, ello ocurre por una construcción jurisprudencial posterior de la demandante a su representada.

A su turno, la parte **DEMANDANTE** solicitó que se modifique la decisión inicial en cuanto a la negativa de la pensión, porque considera que aquella cumple los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003, para ser beneficiaria de esta conforme lo solicitado en la demanda, basada en los principios de celeridad y economía procesal.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta, en favor de Colpensiones conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n.º. 187 del 11 de mayo de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de Colpensiones y Protección S.A., en términos similares a lo expuesto en la alzada y la contestación de la demanda, los que pueden ser consultados en los archivos 04 y 05 del Cuaderno Tribunal ED, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

V. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 66A y siguientes del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, será establecer si se demostró en el plenario que Protección S.A. cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la señora María Elena Gallego Jurado al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación, y sus efectos respecto de la administradora del RAIS.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración, primas y rendimientos.

De prosperar lo anterior, se analizará si la actora acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez que reclama del régimen de prima media, y de ser procedente, se estudiará la fecha de

efectividad de esta, la cuantía de la mesada, el retroactivo y la procedencia de los intereses moratorios reclamados.

Finalmente, se estudiará la legalidad de la condena en costas impuesta a Protección S.A., en sede de primera instancia.

Con tal propósito, la Sala comienza por precisar los supuestos que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- i) Que la señora **MARÍA ELENA GALLEGO JURADO** nació el 25 de noviembre de 1960, según se extrae de la historia laboral válida para bonos pensionales, expedida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda (f. 34 a 38 Archivo 09 ED).
- ii) Que estando afiliada al ISS, entidad a la que realizó aportes entre 1985 y 1998, el 29 de abril de 1998 la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A., en la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 33 Archivo 09 ED y Archivo 08 ED).
- iii) Que el 12 de marzo de 2020, la demandante solicitó a Colpensiones la nulidad de su traslado al RAIS, y el retorno automático al RPMPD, con el consecuente reconocimiento de la pensión de vejez, junto a los intereses moratorios respectivos, petición negada por la entidad en oficio del día siguiente, tras considerar que se encontraba pensionada en el RAIS (f. 67 a 68 Archivo 01 ED y Expediente Administrativo Archivo 07 ED).

Dicho lo anterior, y previo a resolver el asunto, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado que por regla general las normas jurídicas y la jurisprudencia deben ser tomadas en consideración.

i) De la ineficacia del traslado.

Pasando al asunto *sub júdice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993, reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*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» (CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación libre y voluntaria, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto

Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

De lo anterior se deriva también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no se puede predicar que la selección hubiere tenido tales características. Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, especialmente del formulario de afiliación suscrito por la actor a la AFP Colmena hoy Protección S.A. (f. 33 Archivo 09 ED), nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de «*afirmaciones o negaciones indefinidas*», se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ «(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)»¹

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen a estos el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Aúnesse también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, la carencia de un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

¹ Sentencia SL2817-2019.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el posible afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado cuales serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora del RAIS, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir la prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de dos décadas años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el afiliado se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y re asesoría, si

es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (SL1688-2019).

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que lo llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, con independencia del hecho de estar a 10 años o menos de adquirir el derecho pensional.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de Protección S.A. el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del demandante al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, al margen de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la afiliada, con lo que se desestiman los argumentos de la AFP demandada.

Además, es importante anotar que, **a pesar de lo mencionado por COLPENSIONES en el comunicado del 13 de marzo de 2020** (Expediente Administrativo Archivo 07 ED), **no se advierte de las pruebas adosadas al plenario que la accionante perciba a la fecha pensión de vejez por parte de ningún fondo.**

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que ésta no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de Colpensiones, quien al recibir al actor tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento de dicha entidad.

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la Jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora del RAIS 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 deberán ser asumidos por Protección S.A. con cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Entonces, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por la afiliada, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este, cuestión que deja sin piso, incluso, lo reiterado en el recurso, en tanto, se insiste, todos estos emolumentos, además de pertenecer a la afiliada, son el sustento económico de sus eventuales prestaciones.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, se reitera, todos estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a devolver a Colpensiones, deben incluirse ineludiblemente los gastos de administración recibidos por Protección S.A., pues pese a que, tanto

el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos; circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración son comisiones causadas, o no reposan en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

Sobre las restituciones mutuas, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la

devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para la actora.

En este orden de ideas, como el presente asunto también se conoce en consulta en favor de la administradora del RPMPD, y en atención a que el fondo privado está en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, por cuanto esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD (sentencia SL 4609 de 2021), habrá de adicionarse el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a Protección S.A., que también traslade a Colpensiones el porcentaje de prima de seguro previsional, con cargo a su propio patrimonio, debidamente indexado.

Respecto de la prescripción, es claro que no procede dado que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de índole declarativa, que corresponden a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, de allí que la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional. Así lo expuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Así entonces, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen

pensional de la demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas, adicionando lo establecido en precedencia.

ii) De la pensión de vejez

En relación con el segundo problema jurídico, esto es, el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, observa la Sala que este pedimento fue despachado de manera negativa por el *A quo*, tras considerar que primero debía dársele la oportunidad a la entidad de pensiones de resolver si la actora cumplía los requisitos establecidos en la normativa aplicable.

Sin embargo, la Sala no comparte la intelección de la Juez de primer grado, porque basta simplemente con dar un vistazo al material de prueba obrante al plenario, puntualmente, la reclamación radicada por la demandante en la entidad el 12 de marzo de 2020 (f. 67 Archivo 01 ED), oportunidad en la cual, solicitó que consecuente de la nulidad de su traslado, procediera a reconocerle la pensión de vejez, ambos pedimentos fueron desechados por la entidad en comunicado del día siguiente, basada en circunstancias irreales, como lo era el supuesto relativo a la calidad de pensionada de la demandante en el RAIS, cuestión que, según quedó dicho atrás, no aparece probada en el expediente. Ante estas circunstancias, considera la Sala que era procedente pronunciarse sobre la súplica pensional, pues en realidad no hay impedimento legal que dificulte al Juez Laboral el estudio correspondiente, más cuando ni siquiera la entidad encartada ni siquiera hizo alusión a falencia alguna en este aspecto.

De acuerdo a como está formulada la pretensión pensional, lo primero a destacar es que, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia

de la misma, solo contaba con 34 años, toda vez que nació el 25 de noviembre de 1960 (34 a 38 Archivo 09 ED), y de otro lado, de acuerdo al cómputo de semanas efectuado por la Sala, con base en la historia laboral aportada (Expediente Administrativo Archivo 07 ED y f. 39 a 55 Archivo 09 ED), para el 1º de abril de 1994, la promotora de la acción tenía en su haber 446 semanas cotizadas, que representan menos de los quince (15) años exigidos el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (771,42 semanas SL1123-2021), como segundo supuesto de hecho para acceder al beneficio del régimen de transición.

Tenemos entonces, que la señora Gallego Jurado cumplió los 57 años de edad el 25 de noviembre de 2017, época para la cual se exigían un mínimo de 1.300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, las que acredita con suficiencia, como quiera que en ese momento ajustaba 1.383,86, y para marzo de 2021 sumaba 1.551,86 semanas de cotización, suficientes para alzarse con el derecho a la pensión pregonada, en razón a 13 mesadas anuales (Acto Legislativo 01 de 2005). La efectividad de la prestación en favor de la actora será a partir del 1 de abril de 2021, día siguiente a la última cotización que aparece registrada en la relación de aportes vertida en el plenario.

Frente a la cuantía de la misma, una vez efectuadas las operaciones correspondientes conforme lo establecido en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, se comprobó que el método de liquidación que le es más favorable a la demandante es el determinado con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años, en tanto arroja un IBL de \$5.298.074,97, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 70,08%, muestra una mesada de **\$3.712.890**, superior a la obtenida de tomar el IBL con las cotizaciones de toda la vida, esto es, \$2.969.321,58, que con un porcentaje de reemplazo del 71,37% refleja una mensualidad \$2.119.204 (Anexo 1).

En consecuencia, se tiene que el retroactivo de mesadas adeudado a la accionante desde el 1 de abril de 2021, hasta el 30 de abril de 2022, asciende a la suma de **\$52.815.131**, autorizándose a **COLPENSIONES** para que descuente los aportes con destino al sistema de salud, solamente de las mesadas ordinarias. A partir del 1 de mayo de 2022, la mesada en favor de la demandante asciende a **\$3.921.555**.

En relación con la excepción de prescripción (Art. 151 CPLSS), la misma se despachará desfavorablemente en razón a que no transcurrió el plazo trienal para la consolidación de esa figura, toda vez que, incluso, se definió la causación del derecho desde el 1 de abril de 2021, es decir, en el curso del mismo litigio.

Respecto a la concesión de los **intereses moratorios**, conforme el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es conocido de autos que los mismos se generan por la simple mora del fondo pensional en el pago de las mesadas pensionales a su cargo; sin embargo, en el asunto bajo estudio no ocurre, teniendo en cuenta que para el momento de la causación de la gracia pensional a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones no le era posible el reconocimiento pensional por encontrarse válidamente afiliada para esa calenda en el RAIS.

Empero, los mismos si proceden a partir de la ejecutoria del fallo, como quiera que desde de ese momento existe la certeza de que la demandante tiene derecho a la pensión de vejez, por lo cual, se ordenará la indexación mes a mes de las mesadas reconocidas hasta la ejecutoria del fallo, y a partir de esa fecha se empezarán a causar los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas.

Por último, en lo atinente a la condena en costas en contra de **PROTECCIÓN S.A.**, es menester indicar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a los resultados del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los Litigantes basados en las posturas jurisprudenciales asumidas en determinados momentos, como erradamente lo entiende la apoderada de dicha entidad.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, y a su vez, habrá de revocarse el ordinal quinto, para en su lugar, acceder al reconocimiento pensional, la indexación de las sumas resultantes, y los intereses moratorios en los términos anotados. Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de medio (1/2) SMMLV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la parte resolutive de la Sentencia No. 317 del 14 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que dentro de las sumas a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

PENSIONES -COLPENSIONES, debe incluir debidamente indexado el porcentaje destinado a la prima de seguro previsional, con cargo a su propio patrimonio,

SEGUNDO: REVOCAR el numeral QUINTO de la sentencia apelada, para en su lugar:

- **DECLARAR** que la señora **MARÍA ELENA GALLEGO JURADO** tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1 de abril de 2021, en cuantía mensual de **\$3.712.890**, con derecho a 13 mesadas anuales y los respectivos incrementos de ley, de conformidad con lo dispuesto en Ley 797 de 2003.
- **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la señora **MARÍA ELENA GALLEGO JURADO** la suma de **\$52.815.131**, como retroactivo causado desde el 1 de abril de 2021 hasta el 30 de abril de 2022, del cual se autoriza a la entidad para que descuente los aportes con destino al sistema de salud. A partir del 1 de mayo de 2022, la mesada en favor de la demandante asciende a **\$3.921.555**.
- **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a indexar mes a mes las mesadas reconocidas a la señora **MARÍA ELENA GALLEGO JURADO** desde la fecha de su causación, el 1 de abril de 2021, hasta la ejecutoria del fallo, y a partir de esa fecha se empezarán a causar los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

CUARTO: COSTAS de esta instancia está a cargo de **PROTECCIÓN**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
Acto Judicial


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Anexo No. 1

LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN - IBL PARA TODAS LAS COTIZACIONES DE LA VIDA LABORAL								
Afiliado(a):	MARÍA ELENA GALLEGO JURADO			Nacimiento:	25/11/1960	55 años a:	25/11/2015	
Edad a	30/06/1995	34	años			57 años a:	25/11/2017	
Edad a			años		Última cotización:		31/03/2021	
Sexo (M/F):	F				Fecha de cumplimiento de requisitos:		25/11/2017	
Desafiliac.:		Folio			Días faltantes desde 1/04/94 para requisitos:		42.446	
IPC base:	2018				Fecha a la que se indexará el cálculo		1/04/2021	
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	
7/02/1985	1/05/1985	17.790,00	1	1,947312	105,480000	84	963.630	7.451,44
9/05/1985	9/08/1985	17.790,00	1	1,947312	105,480000	93	963.630	8.249,81
16/12/1985	31/12/1985	17.790,00	1	1,947312	105,480000	16	963.630	1.419,32
1/01/1986	31/12/1986	17.790,00	1	2,384495	105,480000	365	786.954	26.441,90
1/01/1987	26/11/1987	21.420,00	1	2,883967	105,480000	330	783.428	23.799,26
8/02/1988	30/06/1988	41.040,00	1	3,576743	105,480000	144	1.210.291	16.043,62
1/07/1988	31/12/1988	47.370,00	1	3,576743	105,480000	184	1.396.966	23.662,13
12/01/1989	31/08/1989	54.630,00	1	4,582681	105,480000	232	1.257.424	26.854,67
1/09/1989	31/12/1989	61.950,00	1	4,582681	105,480000	122	1.425.909	16.014,07
1/01/1990	31/03/1990	61.950,00	1	5,779811	105,480000	90	1.130.571	9.366,78
1/04/1990	31/07/1990	70.260,00	1	5,779811	105,480000	122	1.282.226	14.400,40
1/08/1990	31/12/1990	79.920,00	1	5,779811	105,480000	153	1.458.519	20.542,52
1/01/1991	31/03/1991	79.920,00	1	7,650603	105,480000	90	1.101.869	9.128,99
1/04/1991	31/12/1991	136.920,00	1	7,650603	105,480000	275	1.887.736	47.788,60
1/01/1992	31/01/1992	136.920,00	1	9,702783	105,480000	31	1.488.472	4.247,69
1/02/1992	31/12/1992	197.910,00	1	9,702783	105,480000	335	2.151.501	66.349,34
1/01/1993	31/03/1993	197.910,00	1	12,141461	105,480000	90	1.719.360	14.244,91
1/04/1993	31/12/1993	298.110,00	1	12,141461	105,480000	275	2.589.857	65.562,97
1/01/1994	30/06/1994	298.110,00	1	14,886395	105,480000	181	2.112.307	35.195,40
1/06/1995	30/11/1995	500.000,00	1	18,250102	105,480000	180	2.889.847	47.884,79
1/12/1995	31/12/1995	517.000,00	1	18,250102	105,480000	30	2.988.102	8.252,14
1/01/1996	31/01/1996	796.745,00	1	21,804984	105,480000	30	3.854.195	10.644,01
1/02/1996	29/02/1996	867.708,00	1	21,804984	105,480000	30	4.197.473	11.592,03
1/03/1996	31/03/1996	850.000,00	1	21,804984	105,480000	30	4.111.812	11.355,46
1/04/1996	30/04/1996	920.833,00	1	21,804984	105,480000	30	4.454.462	12.301,74
1/05/1996	31/08/1996	850.000,00	1	21,804984	105,480000	120	4.111.812	45.421,84
1/09/1996	30/09/1996	882.318,00	1	21,804984	105,480000	30	4.268.148	11.787,21
1/10/1996	31/12/1996	850.000,00	1	21,804984	105,480000	90	4.111.812	34.066,38
1/01/1997	31/12/1997	850.000,00	1	26,523348	105,480000	360	3.380.343	112.024,61
1/01/1998	31/05/1998	850.000,00	1	31,213792	105,480000	150	2.872.384	39.662,86
1/06/1998	31/12/1998	850.000,00	1	31,213792	105,480000	210	2.872.384	55.528,00
1/01/1999	31/01/1999	850.000,00	1	36,420744	105,480000	30	2.461.729	6.798,48
1/07/2003	31/12/2003	664.000,00	1	49,835974	105,480000	180	1.405.385	23.287,24
1/01/2004	31/12/2004	716.000,00	1	53,070000	105,480000	360	1.423.096	47.161,41
1/01/2005	31/12/2005	763.000,00	1	55,990000	105,480000	360	1.437.422	47.636,18
1/01/2006	31/12/2006	816.000,00	1	58,700000	105,480000	360	1.466.298	48.593,13
1/01/2007	31/01/2007	816.000,00	1	61,330000	105,480000	30	1.403.419	3.875,78
1/02/2007	28/02/2007	867.000,00	1	61,330000	105,480000	30	1.491.133	4.118,01

ORD. VIRTUAL (*) n.° 006 2020 00444 01
Promovido por **MARÍA ELENA GALLEGO JURADO**
contra **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

1/03/2007	31/12/2007	866.000,00	1	61,330000	105,480000	300	1.489.413	41.132,63
1/01/2008	31/01/2008	866.000,00	1	64,820000	105,480000	30	1.409.221	3.891,80
1/02/2008	31/12/2008	923.000,00	1	64,820000	105,480000	330	1.501.975	45.627,53
1/01/2009	31/01/2009	923.000,00	1	69,800000	105,480000	30	1.394.814	3.852,01
1/02/2009	31/12/2009	994.000,00	1	69,800000	105,480000	330	1.502.108	45.631,55
1/01/2010	31/01/2010	994.000,00	1	71,200000	105,480000	30	1.472.572	4.066,75
1/02/2010	31/12/2010	1.030.000,00	1	71,200000	105,480000	330	1.525.904	46.354,46
1/01/2011	31/01/2011	1.030.000,00	1	73,450000	105,480000	30	1.479.161	4.084,95
1/02/2011	31/12/2011	1.073.000,00	1	73,450000	105,480000	330	1.540.913	46.810,38
1/01/2012	31/01/2012	1.073.000,00	1	76,190000	105,480000	30	1.485.497	4.102,45
1/02/2012	30/11/2012	1.700.000,00	1	76,190000	105,480000	300	2.353.537	64.996,89
1/01/2013	31/12/2013	1.700.000,00	1	78,050000	105,480000	360	2.297.450	76.137,54
1/01/2014	31/08/2014	1.700.000,00	1	79,560000	105,480000	240	2.253.846	49.795,00
1/09/2014	31/12/2014	2.500.000,00	1	79,560000	105,480000	120	3.314.480	36.613,97
1/01/2015	31/07/2015	2.500.000,00	1	82,470000	105,480000	210	3.197.526	61.813,54
1/08/2015	31/12/2015	6.574.000,00	1	82,470000	105,480000	150	8.408.215	116.103,50
1/01/2016	31/12/2016	6.574.000,00	1	88,050000	105,480000	360	7.875.361	260.989,59
1/01/2017	31/01/2017	6.574.000,00	1	93,110000	105,480000	30	7.447.380	20.567,19
1/02/2017	31/12/2017	7.050.000,00	1	93,110000	105,480000	330	7.986.618	242.620,26
1/01/2018	31/01/2018	235.000,00	1	96,920000	105,480000	1	255.755	23,54
1/02/2018	31/12/2018	7.050.000,00	1	96,920000	105,480000	330	7.672.658	233.082,67
1/01/2019	31/12/2019	7.050.000,00	1	100,000000	105,480000	360	7.436.340	246.440,43
1/01/2020	31/12/2020	7.050.000,00	1	103,800000	105,480000	360	7.164.104	237.418,53
1/01/2021	31/03/2021	7.050.000,00	1	105,480000	105,480000	90	7.050.000	58.409,28
TOTALES						10.863		2.969.321,58
TOTAL SEMANAS COTIZADAS						1.551,86		
TASA DE REEMPLAZO		71,37%			PENSION			2.119.204,81
SALARIO MÍNIMO		2.021			PENSIÓN MÍNIMA			908.526,00

LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN - IBL ÚLTIMOS 10 AÑOS								
Afiliado(a):	MARÍA ELENA GALLEGO JURADO			Nacimiento:	25/11/1960	55 años a:	25/11/2015	
Edad a	30/06/1995	34	años			57 años a:	25/11/2017	
Edad a			años	Última cotización:			31/03/2021	
Sexo (M/F):	F			Fecha de cumplimiento de requisitos:			25/11/2017	
Desafiliac.:		Folio		Días faltantes desde 1/04/94 para requisitos:			42.446	
IPC base:	2018			Fecha a la que se indexará el cálculo			1/04/2021	
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 PERIODO	SALARIO	IBL
DESDE	HASTA	COTIZADO		INICIAL	FINAL		INDEXADO	
2/02/2011	31/12/2011	1.073.000,00	1	73,450000	105,480000	329	1.540.913	140.822,30
1/01/2012	31/01/2012	1.073.000,00	1	76,190000	105,480000	30	1.485.497	12.379,14
1/02/2012	30/11/2012	1.700.000,00	1	76,190000	105,480000	300	2.353.537	196.128,10
1/01/2013	31/12/2013	1.700.000,00	1	78,050000	105,480000	360	2.297.450	229.745,04
1/01/2014	31/08/2014	1.700.000,00	1	79,560000	105,480000	240	2.253.846	150.256,41
1/09/2014	31/12/2014	2.500.000,00	1	79,560000	105,480000	120	3.314.480	110.482,65
1/01/2015	31/07/2015	2.500.000,00	1	82,470000	105,480000	210	3.197.526	186.522,37
1/08/2015	31/12/2015	6.574.000,00	1	82,470000	105,480000	150	8.408.215	350.342,31

ORD. VIRTUAL (*) n.° 006 2020 00444 01
 Promovido por **MARÍA ELENA GALLEGO JURADO**
 contra **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

1/01/2016	31/12/2016	6.574.000,00	1	88,050000	105,480000	360	7.875.361	787.536,08
1/01/2017	31/01/2017	6.574.000,00	1	93,110000	105,480000	30	7.447.380	62.061,50
1/02/2017	31/12/2017	7.050.000,00	1	93,110000	105,480000	330	7.986.618	732.106,65
1/01/2018	31/01/2018	235.000,00	1	96,920000	105,480000	1	255.755	71,04
1/02/2018	31/12/2018	7.050.000,00	1	96,920000	105,480000	330	7.672.658	703.326,97
1/01/2019	31/12/2019	7.050.000,00	1	100,000000	105,480000	360	7.436.340	743.634,00
1/01/2020	31/12/2020	7.050.000,00	1	103,800000	105,480000	360	7.164.104	716.410,40
1/01/2021	31/03/2021	7.050.000,00	1	105,480000	105,480000	90	7.050.000	176.250,00
TOTALES						3.600		5.298.074,97
TOTAL SEMANAS COTIZADAS						514,29		
TASA DE REEMPLAZO		70,08%			PENSION			3.712.890,94
SALARIO MÍNIMO		2.021			PENSIÓN MÍNIMA			908.526,00

LIQUIDACIÓN RETROACTIVO PENSIONAL

DESDE	HASTA	VARIACION	MESADAS ADEUDADAS	VALOR MESADA	RETROACTIVO
1/04/2021	31/12/2021	0,0562	10	3.712.890,94	\$ 37.128.909,40
1/01/2022	30/04/2022		4	\$ 3.921.555,41	\$ 15.686.221,64
TOTAL RETROACTIVO					\$ 52.815.131,04