



República de Colombia

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **AYDEE CHACÓN DE CARABALÍ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

EXP. 76001-31-05-015-2021-00428-01

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

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 aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. y el grado jurisdiccional de consulta, en contra de la sentencia n°. 082 del 5 de mayo de 2022, emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º. 036

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A.

En consecuencia, se ordene su regreso automático a la prima media administrado por Colpensiones; se imponga a Porvenir S.A. la obligación de trasladar la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros obtenidos.

De igual forma, solicitó se disponga el reconocimiento y pago de la pensión de vejez junto con su retroactivo, ya que reúne los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, junto con la condena en costas.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que nació el 25 de octubre de 1956, estuvo vinculada con el otrora ISS hoy Colpensiones desde el año de 1993 a 1999, cuando se trasladó al RAIS.

Exhibió que, a través de una campaña en su lugar de trabajo se dio la traslación en el año de 1999, de forma fraudulenta sin contar con la información necesaria, pues se le dijo que al Instituto de Seguros Sociales lo liquidarían, que había la posibilidad de pensionarse de manera anticipada sin cumplir el requisito de la edad, la necesidad de un capital mínimo para ser beneficiario de la pensión de vejez, que la mesada pensional sería superior al ofrecido por Colpensiones, como tampoco se le proporcionó una doble asesoría, ni una proyección de cuanto sería el monto de la mesada pensional.

Manifestó que, mediante oficio n.º. TI0150615 Colpensiones el 1 de septiembre de 2010, aceptó el traslado de la demandante desde el RAIS, recibiendo por parte de aquella las cotizaciones por parte de los empleadores sin recriminación alguna. Sin embargo, después de casi 10 años mediante comunicado 020001162494100 por parte de Porvenir S.A. y resolución SUB 158727 de Colpensiones, se le informó que no se había podido hacer efectivo la traslación por no haberse cumplido con los requisitos para proceder.

Arguyó que, a la fecha cuenta con 1425 semanas de cotización al sistema general de seguridad social, lo cual junto con su edad hace que cumpla los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez.

Para lo anterior, mediante oficio n.º. 2021_3056415 del 27 de agosto de 2021, solicitó Colpensiones el traslado desde el RAIS AL RPMPD, recibiendo respuesta negativa bajo el argumento que el traslado se dio en atención a su ejercicio del derecho a la libre elección del régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, artículo 13 literal B.

Mediante auto interlocutorio n.º. 057 del 11 de enero de 2022, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, admitió la demanda en contra de Colpensiones y Porvenir S.A.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones incoadas por la demandante, toda vez que el traslado realizado por la demandante a Porvenir S.A. se dio de forma libre y voluntaria conforme se dispuso en el artículo 13 literales b y e de la Ley 100 de 1993, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente a su caso, por lo que la ignorancia de la Ley no es

excusa para no haber ejercido sus derechos. Además, se encuentra a menos de 10 años para adquirir el derecho pensiones.

De igual forma dijo que, no se probó que por parte de Porvenir S.A. se hubiese incurrido en un vicio o causal de nulidad, por cuanto no se adecuaron los elementos requeridos para acreditar la nulidad pretendida, como tampoco se puede obligar a Colpensiones a realizar un reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en atención a que la demandante para la época no era afiliada activa.

De lo expuesto, propuso como exceptivas de mérito como la innominada; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; buena fe; y prescripción. (f. 3 a 15 del archivo 05 ED).

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, se opuso a lo pretendido en la demanda bajo los argumentos que, no hay causal de nulidad que se pueda probar, y cumplió con el deber profesiones, pues proporcionó la información veraz, real, suficiente, necesaria, oportuna y relacionada con las bondades, beneficios y limitaciones de los regímenes, permitiéndole a la demandante que tomara una decisión libre, informada y sin presiones.

De lo descrito, expuso que la demandante al momento de traslado no solo suscribió el formulario de afiliación, sino que además señaló su voluntad con la firma del aparte sobre la libre escogencia, incluso, para la época en que se realizó la traslación no se exigía dejar constancia de la asesoría brindada por parte de la AFP, de allí que el adecuado valor probatorio fuera el formulario.

Soslayó que, la demandante contó con el derecho a retracto y pudo haber ejercido su potestad de traslado con anterioridad a quedar inmersa en las prohibiciones que decanta la Ley 797 de 2003.

Conforme lo expuesto por esta, propuso como exceptivas de prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y buena fe. (f. 3 a 54 del archivo 07 ED).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n.º. 082 del 5 de mayo de 2022, resolvió:

Primero: *Declarar no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados.*

Segundo: *Declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante realizara el régimen de prima media al de ahorro individual administrado por porvenir que data de julio de 1999.*

Tercero: *Ordenar a porvenir s.a. a trasladar a Colpensiones además de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada en el rais, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Cuarto: *Declarar que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión vitalicia de vejez con ley 797 de 2003 al cumplir 57 años de edad y 1300 semanas cotizadas, la mesada pensional para el 2020 será de 1.356.299 pesos, para abril de 2022 de 1.455.587 pesos, sin perjuicio de los incrementos que decreta el gobierno año a año, el retroactivo desde la enero de 2020 a abril 30 de 2022 será de 41.370.075 pesos suma que deberá ser indexada desde su causación hasta la ejecutoria de esta sentencia y desde la ejecutoria interés moratorios conforme el art. 141 de la ley 100 de 1997.*

Quinto: *Costas procesales, agencias en derecho la suma de 500.000 para Colpensiones, 500.00 para porvenir a favor de la demandante.*

sexto: *En el evento de no ser apelada la sentencia, será objeto de consulta al ser adversa á los intereses del fondo público.*

Adiciona el numeral cuarto:

Cuarto: *Condenar a Colpensiones a reconocerla pensión de vejez en los términos ya indicados.*

Como fundamento de su decisión, manifestó que, de acuerdo con la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencia de radicado 31989 de 2008 y SL 373 de 2021, es deber de las AFP obrar con diligencia, información y cuidado en los términos de la Corte Constitucional y el Código Civil, de allí que sea imprescindible e insanable la falta de cumplimiento de esos deberes, de allí que no se acepte como prueba el formulario de vinculación firmado por la afiliada.

Resaltó que, para el presente caso brilló por la ausencia el acatamiento del deber de información brindado por la AFP para con la demandante.

Seguidamente procedió a realizar el estudio sobre el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y afirmó que aquella cumplió condiciones la Ley 797 de 2003, pues la demandante al diciembre de 2019 tenía 63 años y 1555 semanas.

Para lo anterior, realizó una exposición que el IBL más favorable con una tasa de reemplazo del 68,21%, con una fecha de disfrute desde el 1 de enero de 2020.

Procedió a calcular el retroactivo pensiones, expresando que esas sumas debían ser debidamente indexadas, y a partir de la ejecutoria en caso de incurrir mora, el pago de los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

De las restantes excepciones de mérito y en especial a la prescripción arguyó que, ante la declaratoria de ineficacia aquellas se declararon no probadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida bajo el argumento que, las consecuencias de la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado no debe ser el reconocimiento y pago de pensión de vejez, pues no existe pronunciamiento jurisprudencial por el cual lo valide, y la demandante al momento de proferir la sentencia se encuentra válidamente afiliada al RAIS, por lo tanto, podría ante aquellos solicitar de igual forma el pago.

En ese sentido dijo que, si bien la demandante presentó reclamación para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, esta no puede entenderse surtida, porque dentro de las facultadas otorgadas a Colpensiones no podría realizarlo, en atención a que se encontraba afiliada al RAIS e incurriría en prevaricato.

De igual forma, presentó su oposición a la condena de intereses moratorios, y afirmó que para el caso es deber del fondo privado haber hecho el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con la indemnización de perjuicios a cargo de su patrimonio y no el de los colombianos.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** sustentó su recurso de apelación, afirmando que cumplió con los deberes de información requeridos para la época, por lo tanto, no puede sentenciarse que no existió constancia diferente a la suscripción del formulario de afiliación, como de la proyección de la mesada pensional, pues tales requerimientos se exigieron con posterioridad a la vinculación de la afiliada.

Exhibió que, la demandante tenía en igual sentido la obligación de revisar la Ley, ya que esta es de público conocimiento, tuvo su oportunidad de regreso al RPMPD esperando solo al estar inmersa en la prohibición de traslado para solicitarlo, correspondiendo solo a la deferencia en la mesada pensional.

Por último, dijo que, no había lugar a la devolución de rendimientos y gastos de administración, porque de realizarse correspondería a un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones; y que para el presente caso operó la prescripción.

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.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n°. 605 del 30 de noviembre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de Porvenir S.A., Colpensiones y la parte demandante, en términos similares a lo expuesto en la demanda, contestación y alzada, los que pueden ser consultados en los archivos 05, 06 y 07 del Cuaderno Tribunal, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

VI. 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 Porvenir S.A. cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la señora Aydee Chacón de Carabalí 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 las administradoras del RAIS.

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

De prosperar lo anterior, se analizará si la actora acreditó los requisitos para acceder a la pensión de vejez que fue reconocida por el *A quo*, 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.

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

- i) Que, estando afiliada al ISS hoy Colpensiones en materia de pensiones, entidad a la que realizó aportes entre los años de 1993 y 1999, la señora Aydee Chacón de Carabalí decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. en el mes de octubre de 1999.
- ii) Mediante oficio n.º. 2021_3056415 del 27 de agosto de 2021, solicitó Colpensiones el traslado desde el RAIS AL RPMPD, recibiendo respuesta negativa bajo el argumento que el traslado se dio en atención a su ejercicio del derecho a la libre elección del régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, artículo 13 literal B,

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.

De la ineficacia del traslado.

Pasando al asunto *sub judice* es necesario rememorar 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 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».¹

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 encontraban 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 pudiese 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 la afiliada pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones;

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL12136 de 2014.

lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al 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 desprende también, que a pesar de hallarse signada por la afiliada solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían la afiliada no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de 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, entre estas el formulario de afiliación a Porvenir S.A., el historial laboral de la demandante (f. 55 a 74 del archivo 07 ED), y el certificado SIAFP de ASOFONDOS que corrobora los traslados realizados por la actora (f. 106 del archivo 07 ED), más nada se indicó 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, debe resaltarse que la jurisprudencia también ha expresado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado

en el artículo 167 del Código General del Proceso, ante la existencia de «*afirmaciones o negaciones indefinidas*», se da la inversión de la carga de la prueba, debiéndose acreditar por la contraparte en este caso las AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, 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 (...)»**.² (Negrilla y Subraya fuera de texto).

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 el deber de información desde su creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

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 a la posible afiliada, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría la aspirante al ser vinculada en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Resáltese que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental,

² Corte Suprema de Justicia, sentencia SL2817 de 2019.

recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, 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.

Se observa así, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de Porvenir S.A., de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar a la usuaria la ilustración necesaria para que esta tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción a la afiliada la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una 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 la demandante lleva afiliada al RAIS más de 22 años, esta circunstancia por sí solo no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la afiliada se trasladó a Porvenir S.A., 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 mucho menos con la re asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer.

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, porque es precisamente cuando ya se encuentra *ad portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que la 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, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Corolario de lo expuesto estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de Porvenir S.A., entidad con la cual se materializó el traslado, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora 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 independientemente 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 el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de Porvenir S.A.

En este orden, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP Porvenir S.A., no existe razón para que aquella no traslade al régimen

de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de Colpensiones, quien al recibir a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe percibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas.

Sobre este último tópico, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada 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 deberán ser asumidos por la AFP Porvenir S.A. con cargo de su 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.

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, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.³

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a Colpensiones, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por Porvenir S.A., pues pese a que el literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, y a que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contempla el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comentario 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 no reposa 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

³ Corte Suprema de Justicia, sentencias SL 37989, SL4964 y SL4989 de 2018, SL1421 y SL1688 de 2019.

al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio.⁴

En cuanto a la condena en costas, considera la Sala que como quiera que esta imposición simplemente se trata de una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 del Código General del proceso, y no reviste la obligación de analizar actuaciones de buena o mala fe, máxime cuando las expuestas fueron anteriores al proceso estudiado. Además, solo basta con revisar el curso del proceso para advertir sin mayor dificultad, su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

Ahora bien, de la revisión realizada a la excepción de prescripción, la misma está llamada a no prosperar por el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por corresponder a pretensiones declarativas, y porque al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, 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, concepción extendida a los derechos económicos que de esta acción emanen, como la posibilidad de que el capital cotizado sea devuelto en su totalidad al régimen de prima media, en la medida en que el traslado de estos valores no atienden a ser un resarcimiento patrimonial, sino que responden al derecho irrenunciable a la seguridad social. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, y recientemente en sentencia SL1214 de

⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencias SL1421 y SL1688 de 2019, y SL638 de 2020.

2022, sumado a que tampoco debe verificarse la prescripción del contrato de seguros, al no ser el punto de debate dentro del particular, en tanto esta contratación no inmiscuye los intereses mínimos protegidos a la demandante.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia en el aspecto descrito.

De la pensión de vejez

Previo a resolver sobre la pensión de vejez, por parte de Colpensiones se afirmó que, las consecuencias de la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado no debe ser el reconocimiento y pago de pensión de vejez, pues no existe pronunciamiento jurisprudencial por el cual lo valide, ya que la demandante al momento de proferir la sentencia se encuentra válidamente afiliada al RAIS.

Para lo anterior, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2301 de 2021, resolvió acerca de la procedencia del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, una vez ha sido declarada la ineficacia de la afiliación, de allí que por parte del *A quo* se hubiese así procedido.

En relación al reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, no hay duda que la norma rectora del derecho pensional del demandante es el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual dispone, en lo que interesa al presente asunto, que tienen derecho a la pensión de vejez las mujeres que cumplan 55 años de edad, la que se incrementará a 57 años a partir de 1º de enero de 2014; y haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, las que a partir del 1o. de enero del año 2005 se

incrementaron en 50, y desde el 1º de enero de 2006 se incrementaron en 25 cada año, hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Advierte la Sala que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues a pesar de que contaba con 37 años, fecha nacimiento 25 de octubre de 1956 (f. 85 del archivo 07 del ED), de acuerdo al cómputo de semanas efectuado por la Sala, con base en la historia laboral aportada (f. 324 del archivo 07 del ED), para el 1º de abril de 1994 el promotor de la acción tenía en su haber 47,14 semanas cotizadas, que representan menos de 15 años (750 semanas) que exige la Ley en mención, como segundo supuesto de hecho para acceder al beneficio del régimen de transición.

Tenemos entonces, que la señora Aydee Chacón de Carabalí cumplió los 57 años de edad el 25 de octubre de 2013 -*nació el 23 de noviembre de 1956* (f. 85 del archivo 07 del ED)-, época para la cual se exigían un mínimo de 1.300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, las que pudo acreditar con suficiencia para el año 2019, como quiera que en ese momento alcanza 1355,43 semanas de cotización, suficientes para tener derecho de la pensión reclamada, prestación que a bien tuvo reconocer el *A quo*, sin embargo, no se hizo mención a que esta sería en razón a 13 mesadas, ya que se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, de tal suerte que se adicionará tal situación.

En este horizonte, al encontrarse acreditado el derecho que le asiste a la accionante a gozar de pensión de vejez, lo que le corresponde a esta Corporación es establecer la fecha de efectividad de la misma, de modo que es indispensable traer a colación lo dicho

por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5603 de 2016 en la que puntualizó que *«(...) cuando la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe pagarse con antelación a la desafiliación formal del sistema. Aclarando que, si bien la regla general es la desvinculación al sistema, existen condiciones especiales que ameritan una interpretación del contexto como es el caso en que el afiliado exterioriza su intención de desafiliarse del sistema (...).»*

Si bien dentro de la historia laboral del demandante no se reporta retiro, puesto que su última cotización la realizó en agosto de 2021, lo cierto es que presentó reclamación administrativa para el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones el 16 de marzo de 2020 (f. 39 a 44 del archivo 01 ED), de lo cual se desprende que con la misma la señora Aydee Chacón de Carabalí exteriorizó su voluntad de no continuar cotizando al sistema y acceder al beneficio pensional; por consiguiente, la demandante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de vejez a partir del 17 de marzo de 2020, data en la que de manera tácita el demandante realizó su desvinculación del sistema y que difiere en la decidida en primera instancia, por lo que en este aspecto se modificará la decisión de primera instancia.

Frente a la cuantía de la misma, una vez efectuadas las operaciones correspondientes se comprobó que el método de liquidación que le es más favorable a la actora es el determinado con el promedio de las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años; así mismo, se advierte con las operaciones aritméticas realizadas por la Sala, que el monto pensional obtenido por el *A quo* es superior al que aquí se obtuvo, por lo que afecta el patrimonio de Colpensiones, entidad a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta

por ese aspecto, razón por la cual se modificará la suma calculada en primera instancia.

En relación con la excepción de prescripción la misma se despachará desfavorablemente en razón a que no transcurrieron los tres (3) años que establece la ley para su configuración, como quiera que el derecho a percibir pensión nació desde la presentación de la demanda.

Ahora bien, por parte de esta Sala se sostuvo la tesis de reconocer los intereses moratorios desde la ejecutoria de la presente sentencia, sin embargo, ante recientes pronunciamientos por parte de la Corte suprema de Justicia en sentencias SL1688 de 2019 y SL2929 de 2022, se expresó que estos no eran procedentes, *«toda vez que no puede afirmarse que Colpensiones incurrió en mora en el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la obligación que se le impone surge con ocasión de esta decisión»*, por lo tanto, no se accederá a la pretensión, y se su defecto se revocará tal aparte.

Se confirma la sentencia en el sentido de autorizar a Colpensiones para que del retroactivo y mesadas pensionales ordinarias que le corresponda pagar, descuenta los aportes con destino al Sistema de Salud, y a pagar indexadas las sumas debidas al accionante.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMMLV a cada una.

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: REVOCAR solo lo que tiene que ver con la condena impuesta a Colpensiones en el numeral **CUARTO**, respecto a los intereses moratorios, conforme lo manifestado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la sentencia n.º. 082 del 5 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así:

*Declarar que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión vitalicia de vejez con ley 797 de 2003 a partir del 17 de marzo de 2020, en la suma de **\$1.337.149,51**, para un total de 13 mesadas anuales, y desde mayo de 2022 será la suma de **\$1.435.035,30**, sin perjuicio de los incrementos que decrete el gobierno año a año.*

*El retroactivo desde 17 de marzo de 2020 a abril 30 de 2022 será de **\$37.389.534,09** el cual deberá ser indexado de conformidad con el índice de precio al consumidor certificado por el DANE mes a mes, teniéndose como índice inicial el vigente en el mes de su causación y como índice final el vigente en el mes inmediatamente anterior a su liquidación.*

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

CUARTO: Las **COSTAS** están a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV para cada una.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,


YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
SALVO VOTO PARCIAL


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Me aparto de lo decidido por la sala mayoritaria en cuanto no revoca la condena por intereses por mora después de la ejecutoria de la sentencia. El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 señala que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago. Si bien la Sala de Casación Laboral ha señalado unas causales taxativas que exoneran de su pago a las entidades administradoras, lo ha sido por la conducta de la entidad administradora, puesto que la negativa del derecho no se puede atribuir a su exclusiva responsabilidad. Sin embargo, para el presente caso, si con la decisión judicial se tiene certeza del derecho pensional, la falta de cumplimiento en el pago de la prestación ¿no es acaso ya del resorte exclusivo de la entidad pensional? ¿se puede señalar que la entidad puede excusarse en las causales establecidas por la línea jurisprudencial de la Corte para exonerarse de su causación, a pesar de estar ordenado judicialmente el pago de la prestación pensional? ¿Por qué congestionar aún más el sistema judicial y esperar a que el accionante posteriormente inicie otro proceso ordinario para reclamar el referido interés por mora en el cumplimiento de la sentencia, cuando en este mismo proceso ya lo solicitó? ¿Acaso el accionante debe hacer un nuevo reclamo para el cumplimiento de la sentencia con el fin de que se cause dicho interés, debiéndose otorgar a la entidad otro plazo de 4 o 2 meses, según corresponda?

En mi criterio, una vez ejecutoriada la sentencia que reconoce la prestación, si se incumple, se causa el interés, al colmarse los requisitos de la citada disposición. Por tanto, resulta razonable su condena con ese condicionamiento, esto es, ante el incumplimiento de la orden emitida después de su ejecutoria.

Firma digitalizada por el sistema judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado