



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

MAGISTRADA PONENTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **AMPARO ALMARIO PERDOMO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

EXP. 76001-31-05-005-2021-00115-01

Santiago de Cali, veinticuatro (24) de abril 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 los recursos de apelación interpuesto por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en contra de la sentencia n° 228 de 31 de mayo de 2022, emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, por lo que dicta la siguiente:

SENTENCIA n.º 117

I. ANTECEDENTES

La señora Amparo Almario Perdomo presentó demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., con el fin que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por él, desde el régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A.

En consecuencia, se ordene su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones, y; se imponga a Porvenir S.A., la obligación de trasladar las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales, seguros de invalidez y muerte, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, el saldo de cuentas de rezago y de las no vinculadas de historia laboral actualizada, sin inconsistencias de semanas.

De igual forma, solicitó que el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 14 de febrero de 2021, al haber cumplido los requisitos de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, así como el pago de los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las sumas a reconocer; se imponga a Porvenir S.A. la multa en términos del artículo 271 *ibidem*, y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones dijo que, nació el 14 de febrero de 1964, e inició cotizaciones para los riesgos de invalidez vejez y muerte en el otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones para el año de 1994, acumulando un total de 1564 semanas.

Seguidamente, manifestó que, para el 23 de octubre de 2020, a través de petición, requirió a las demandadas para que declararan la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado al RAIS, a lo cual Colpensiones negó la declaratoria mediante BZ2020_10806263.

Expuso que, por parte de Porvenir S.A. se le realizó simulación y/o proyección de la mesada pensional, evidenciando que la mesada a obtener en el RPMPD sería superior al obtenido en el RAIS.

Aseveró que, para el 7 de diciembre de 2020, presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 14 de febrero de 2021, data en la cual le manifestó a su empleador la cesación de pago de los aportes pensionales al haber cumplido la edad de 57 años, sin embargo, la solicitud fue despachada desfavorablemente mediante oficio BZ2020_12592917-2622506.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES, en su pronunciamiento contrapuso cada una de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, toda vez que la decisión de traslado correspondió a una decisión libre, voluntaria y con total conocimiento.

Expresó que la demandante a la fecha cuenta con 57 años, por lo tanto, tenía ya acreditada la edad para ser beneficiaria de la pensión de vejez. Aunado a lo anterior, se encuentra imposibilitada para trasladarse, en atención a la prohibición consagrada en el literal E del artículo 13, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

De lo expuesto, propuso como excepciones de mérito como la de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; la innominada;

buena fe; prescripción; y la de legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad. (f. 4 a 16 del archivo 09 ED).

PORVENIR S.A., en el mismo sentido se opuso a cada una de las pretensiones, argumentó que la demandante se encuentra válidamente afiliada, que la decisión de traslado fue libre e informada, brindando una asesoría integral, especializada e idónea, y aquella tuvo un consentimiento informado de las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS, así como el valor real de la pensión una vez se cumplieran los requisitos para acceder a esta.

Arguyó que no es válido que, después de estar por más de 15 años afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuando evidenció que no logró cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda obtener la anulación de una afiliación completamente legal, además que, no hizo uso de la oportunidad sobre su derecho de retracto.

Conforme lo dicho, propuso como excepciones de mérito la 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. 2 a 24 del archivo 10 ED).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n° 228 del 31 de mayo de 2022, resolvió:

PRIMERO: *DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES.*

SEGUNDO: *DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante AMPARO ALMARIO PERDOMO del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, administrado por PORVENIR S.A.*

En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin Solución de continuidad.

TERCERO: *CONDENAR a la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos. De igual modo, La AFP, deberá 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ellos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, que recibió con ocasión del traslado de AMPARO ALMARIO PERDOMO al RAIS por el tiempo que estuvo afiliado a esa entidad.*

CUARTO: *DECLARAR la señora AMPARO ALMARIO PERDOMO tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez que establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.*

QUINTO: *ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- , que proceda al reconocimiento y pago de las mesadas que, por concepto de pensión de vejez, eventualmente, se causen a favor de AMPARO ALMARIO PERDOMO solamente a partir del día siguiente de la fecha en que se produzca la desafiliación definitiva al RPM que administra dicha entidad o se efectúe la última cotización al sistema de pensiones, con base en las semanas que se determinen del traslado y las que se realicen hasta la desvinculación efectiva del sistema general de pensiones. Se ordena a Col pensiones realice La Liquidación del IBL, conforme a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, 21 de la Ley 100 de 1993; y que el monto se calcule tomando como base el artículo 34 de la referida normativa.*

SEXTO: *AUTORIZAR a Colpensiones para que del retroactivo pensional, se realice los descuentos correspondientes a los aportes para salud.*

SÉPTIMO: *ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de las demás pretensiones formuladas en su contra.*

OCTAVO: *CONDENAR en costas a las demandadas y se fija la suma de un (1) SMMLV, a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como agencias en derecho, a favor de la parte actora.*

NOVENO: *Si no fuere apelada la presente diligencia, remítase el Expediente al H. Tribunal Superior de Cali- Sala Laboral, a fin de*

que se surta el grado jurisdiccional de consulta por ser adversa a Colpensiones.

Como fundamento de su decisión, manifestó inicialmente la potestad que tienen los trabajadores de elegir entre los dos regímenes pensionales, y que conforme con la normatividad las AFP tienen el deber de información para con sus posibles afiliados, además que, está dentro de su obligación la realización de una doble asesoría en pro de que pueda tomar la decisión más favorable.

Por otro lado, dijo que, en sentencia SL1421 de 2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, ilustró que las AFP tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente para que el afiliado pueda elegir entre las distintas opciones del mercado, conociendo las ventajas, desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Manifestó que en el presente caso Porvenir S.A., no probó haber brindado información clara, suficiente y calificada a la demandante, en la forma como la jurisprudencia así lo dispuso, toda vez que no se le explicó las consecuencias de aquel traslado de régimen, ni hubo la doble asesoría.

Por último, declaró que no era procedente la excepción de prescripción dado el carácter imprescriptible de la acción.

En consecuencia, accedió a la pretendida ineficacia, para seguidamente realizar el estudio del reconocimiento de la pensión de vejez.

Arguyó que la demandante cumplió las condiciones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797

de 2003, para el reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo la edad, no obstante, se encuentra aun cotizando al sistema obteniendo un total de 1472, semanas desde el año de 1985, por lo que no dispuso factible el pago de la prestación ya que no hay novedad efectiva del retiro del sistema, y condicionó el pago al momento a que se acredite dicha desafiliación, pues le era imposible determinar el valor inicial de la mesada, de allí que ordenara que el IBL se determinara conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y el monto se calcule de acuerdo con el artículo 33 y 34 ibidem.

Ahora bien, dijo que como el pago de las mesadas presupone la desafiliación efectiva del sistema como ya lo había explicado, absolvió a Colpensiones al pago del retroactivo pensional e intereses moratorios.

Aseveró que el número de mesadas serían 13, en razón a que se causó con posterioridad a la limitación del acto legislativo 01 de 2005.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **DEMANDANTE**, manifestó su inconformidad parcial frente a lo decidido, toda vez que el *A quo* debió haber ordenado el disfrute de la pensión de vejez desde la causación o en su defecto desde la reclamación administrativa, pues si bien, fue cierto que continúa realizando cotizaciones al Sistema General de Pensiones, se debe a que tiene un vínculo dependiente con el empleador. Además, que dentro del expediente reposa reclamación ante la demandada Colpensiones, en la que se le señaló el querer disfrutar de su pensión de vejez, y que igualmente reposa una solicitud de desafiliación.

De igual forma, presentó inconformidad frente a la no condena de los intereses moratorios, ya que la demandada ha superado el

término consagrado en la norma, no obstante, el sentenciador pudo haber ordenado la indexación de las sumas, como lo pretendió en la demanda de forma subsidiaria.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, manifestó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS por decisión propia, tal como se pudo apreciar en los formularios de afiliación, sin haber mostrado inconformidad durante el tiempo que estuvo allí vinculada, además que, la ley prohíbe su traslado en atención a que se encuentra a menos de 10 años, para ser acreedor del derecho de pensión.

A su vez, dijo que, el ordenar la ineficacia del traslado, conllevaría a la inestabilidad del sistema general de pensiones, pues el admitir que persona que nunca estuvieron aportando al sistema pretendan regresar es contrario a los principios.

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada, bajo el argumento que actuó de buena fe pues el traslado de régimen de la actora al RAIS se realizó con el lleno de los requisitos legales y con ausencia de nulidad, pues aquella consintió el traslado, y no se observó inconformidad hasta el momento en que se acercó al cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez.

Respecto de los gastos de administración, sumas adicionales de las aseguradoras y lo destinado al fondo de garantías de pensión mínima, la demandada no ha faltado a ningún deber legal, y esos valores se encuentran autorizados por la Ley 100 de 1993, entonces realizar esa devolución constituiría un enriquecimiento indebido.

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° 121 del 13 de marzo de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los apoderados de Colpensiones, Porvenir S.A. y la 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 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 Porvenir S.A. cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la señora Amparo Almario Perdomo 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, 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 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.

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

- i)** Que la señora Amparo Almario Perdomo nació el 14 de octubre de 1964, según se extrae de la cédula de ciudadanía aportada junto con la demanda. (f. 2 del archivo 04 ED).
- ii)** Que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, entidad a la que realizó aportes hasta el año de 1997, fecha en que decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. (f. 66 del archivo 10 ED).
- iii)** Para el 23 de octubre de 2020, solicitó ante Colpensiones que se tuviera por nulo en traslado efectuado hacia Porvenir S.A., se ordenara su regreso.
- iv)** Posteriormente, para el 7 de diciembre del mismo año, petitionó a Colpensiones que se le reconociera y pagara la pensión de vejez, requerimiento que, mediante oficio BZ2020_12592917-2622506, fue despachado negativamente.

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 judice* 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 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 a la afiliada 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 SL 12136 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 desata también, que a pesar de hallarse signada por la señora Almario Perdomo la 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 acarrearán a 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, que dentro del proceso de las pruebas obrantes dentro del expediente, entre estas el formulario de solicitud de afiliación a Porvenir S.A., y el historial laboral de la demandante (f. 25 a 66 del archivo 10 del ED), más nada se indicó por la demandada respecto de 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 el afiliado 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 la 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 señora Amparo Almario Perdomo 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 el aspirante al ser vinculado 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, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP

² Corte Suprema de Justicia, sentencia SL2817 de 2019.

mencionada está 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 de los entes administradores 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 la AFP, 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 este 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 20 años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a las pasivas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el afiliado 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 afiliado, la vinculación del actor 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. y Colpensiones.

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 razones 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 al actor 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 Colpensiones³.

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 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.

Igualmente, 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 al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio⁴.

³ Corte Suprema de Justicia, sentencias SL 37989, SL 4964 y SL4989 de 2018, SL1421 y SL1688 de 2019.

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

Finalmente, de la revisión realizada 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. 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.

En relación con 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 SL1214-2022, 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.

ii) 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, contaba con 30 años, fecha

nacimiento 14 de febrero de 1964 (f. 2 del archivo 04 del ED), y 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, la promotora de la acción tenía en su haber 228,4 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 Amparo Almario Perdomo cumplió los 57 años de edad el 14 de febrero de 2021 -*nació el 14 de febrero de 1964* (f. 2 del archivo 04 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 2021, como quiera que en ese momento alcanza 1598,4 semanas de cotización, suficientes para alzarse con el derecho a la pensión pregonada, en razón a 13 mesadas anuales (Acto Legislativo 01 de 2005).

En este horizonte, al encontrarse acreditado el derecho que le asiste a la accionante de la 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, pues según lo manifestado por las partes aquella aún realiza cotización al Sistema General, lo cierto es que presentó reclamación administrativa para el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones el 2 de mayo de 2021 (f. 59 y 65 del archivo 04 ED), de lo cual se desprende que con la misma la señora Amparo Almario Perdomo 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 3 de mayo de 2021, data en la que de manera tácita realizó su desvinculación del sistema y que difiere en la decidida en primera instancia, por lo que se revocará el numeral segundo de la presente sentencia, para en su lugar ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora Almario Perdomo.

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; en tanto arroja un IBL de \$4.227.325,81, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 70,37%, muestra una mesada de **\$2.974.769,17**, superior a la obtenida de tomar el IBL con las cotizaciones de toda la vida.

En consecuencia, se tiene que el retroactivo de mesadas adeudado a la accionante desde el 3 de mayo de 2021 hasta el 28 de febrero de 2023, asciende a la suma de **\$72.644.300,07**, autorizándose a **COLPENSIONES** para que descuenta los aportes con destino al Sistema de Salud, solamente de las mesadas ordinarias. A partir del 1 de marzo de 2023 la mesada en favor de la demandante asciende a **\$3.554.175,19**.

CÁLCULO DEL RETROACTIVO - AMPARO ALMARIO PERDOMO				
DESDE	HASTA	MESADAS	MESADA PENSIONAL RECONOCIDA	RETROACTIVO
3/05/2021	31/12/2021	8,30	\$ 2.974.769,17	\$ 24.690.584,11
1/01/2022	31/12/2022	13	\$ 3.141.951,20	\$ 40.845.365,57
1/01/2023	28/02/2023	2	\$ 3.554.175,19	\$ 7.108.350,39
TOTAL RETROACTIVO				\$ 72.644.300,07

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 3 de mayo de 2021, es decir, en el curso del mismo litigio.

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. No obstante, se ordenará a la indexación mes a mes de las mesadas reconocidas, ya que fue pretendido de forma subsidiaria.

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.

En consecuencia, se revocará el numeral segundo de 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 el numeral SEGUNDO de la sentencia n° 228 del 31 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar:

- **DECLARAR** que la señora **AMPARO ALMARIO PERDOMO** tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 3 de mayo de 2021, en cuantía mensual de **\$2.974.769,17**, 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 **AMPARO ALMARIO PERDOMO** la suma de **\$72.644.300,07**, como retroactivo causado desde el 3 de mayo de 2021 hasta el 28 de febrero de 2023, del cual se autoriza a la entidad para que descuente los aportes con destino al sistema de salud.

A partir del 1 de marzo de 2023, la mesada en favor de la demandante asciende a **\$3.554.175,19**.

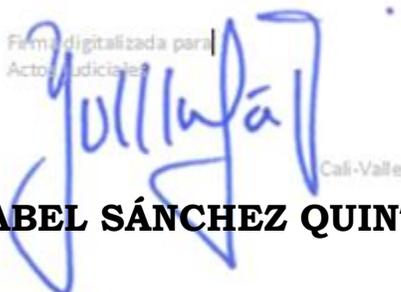
- **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a indexar mes a mes las mesadas reconocidas a la señora **AMPARO ALMARIO PERDOMO**, hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia recurrida y consultada.

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

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
Actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA