



República de Colombia

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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS ALBERTO CORTÉS VÁSQUEZ
DEMANDADO	COLPENSIONES Y OTROS
RADICADO	76001-31-05-010-2017-00661-01
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO DÉCIMO REMITIÓ A JUZGADO VEINTE LABORAL
TEMAS Y SUBTEMAS	NULIDAD TRASLADO - REAJUSTE PENSIÓN DE VEJEZ RPMPD- REGIMEN TRANSICIÓN AC 049/90
DECISIÓN	ADICIONA Y MODIFICA

Santiago de Cali, Valle del Cauca, once (11) de diciembre 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 la parte actora, Protección S.A., y Colpensiones e igualmente el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, de la sentencia n° 063 de 3 de junio de 2022, emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n° 280

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado desde el régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., y en consecuencia, se ordene a Colpensiones a reajustar y pagar su pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, desde el 5 de octubre de 2011, aplicando el 90% de tasa de reemplazo conforme el art. 20 de la mentada norma, junto a los intereses moratorios que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación.

Como sustento de sus pretensiones dijo que, nació el 05 de octubre de 1951, y cumplió 60 años de edad el mismo día y mes del año 2011, estuvo cotizando al ISS hoy Colpensiones desde el 2 de julio de 1968 hasta el 31 de diciembre de 2009, acumulando un total de 1411,71 semanas; que el 19 de abril de 1996, fue abordado por asesores de Protección S.A., ofreciéndole falsas expectativas respecto de su pensión omitiendo los beneficios reales que el RPMPD podría significar para su pensión, viciando su consentimiento, entonces, ese mismo día se trasladó al RAIS, afiliación que perduró hasta mayo de 2002, fecha en la que se dio cuenta el perjuicio que dicha AFP había ocasionado, por lo que, decidió retornar al ISS.

Que el 14 de octubre de 2014, solicitó la pensión de vejez ante el ISS hoy Colpensiones y ésta a través de la resolución GNR 001009 de 11 de enero de 2013, le reconoció la pensión a partir de ese mismo día, en cuantía de \$3.493.059, mesada que fue calculada en 1416 semanas cotizadas con un IBL de \$5.222.094, y una tasa de

reemplazo de 69,89% con fundamento en la Ley 797 de 2003, sin pagar el retroactivo pensional.

Que el 21 de junio de 2013, interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión, con el argumento que su pensión debía liquidarse conforme los presupuestos del Acuerdo 049/90, aplicando una tasa de reemplazo de 90%, así como, el reconocimiento y pago del retroactivo pensional a partir de 5 de octubre de 2011.

Mediante resolución GNR 152957 de 6 de mayo de 2014, Colpensiones confirmó su decisión con el argumento que la empleadora Coser S.A., no realizó la novedad de retiro, por lo tanto, no hay lugar al retroactivo y tampoco hay nuevos valores para reliquidar la pensión.

Que el 27 de mayo de 2014, reiteró su solicitud pensional y Colpensiones mediante resolución GNR 355156 de 9 de octubre de 2014, negó el pago del retroactivo pensional con los mismos argumentos; que el 12 de noviembre de 2014, tramitó ante Colpensiones la novedad de retiro, y aportó todos los documentos y pruebas que dan fe que estuvo laborando para el empleador Coser S.A., hasta octubre de 2007 a fin que Colpensiones incluya la novedad de retiro en su historia laboral y le reconozca el retroactivo pensional, sin embargo, el 23 de enero de 2015, la entidad pensional le informó que no era procedente su solicitud, porque la documentación aportada presentaba inconsistencias.

Por último, el 8 de mayo de 2017, solicitó la nulidad de traslado ante Protección S.A., sin recibir respuesta alguna por parte de esa AFP. (Doc. 01, fls. 12 a 58)

CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones, toda vez que, el actor decidió trasladarse de régimen de manera libre y espontánea; sumado a que, ya le fue reconocida la pensión de vejez con fundamento en la Ley 797 de 2003, prestación que viene cancelando hasta la fecha; que debido al traslado que realizó al RAIS el actor perdió el régimen de transición, razón por la cual, no es posible reliquidar su pensión conforme al art. 12 del Acuerdo 049/90.

En cuanto al pago del retroactivo, indicó que, no es procedente, porque dentro de la historia laboral, no se encontraba la novedad de retiro, es decir, la desafiliación del sistema, razón por la cual, le reconoció la pensión con corte de nómina.

Por último, propuso las excepciones de mérito denominadas «*Innominada; Inexistencia de la Obligación; Buena Fe; Prescripción; Pago; Cobro de lo No Debido por Falta de Presupuestos legales para su Reclamación y; la Innominada.*» (Doc. 02, fls. 22 a 34)

Protección S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, y manifestó que no omitió información al momento del traslado de la actora y su decisión fue libre y espontánea, con consentimiento informado del traslado de régimen; y que el actor lleva más de 20 años en el RAIS, sin hacer uso de su derecho de retracto; sumado a que, no cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición.

Por último, propuso las excepciones de fondo denominadas «*Validez de la Afiliación a Protección S.A.; Validez del Traslado de Régimen del RPM al RAIS y en consecuencia del Traslado entre AFPS Realizado por el Demandante; Prescripción; Buena Fe; Inexistencia de*

Vicio del Consentimiento por Error de Derecho; Inexistencia de la Obligación de Devolver la Comisión de Administración cuando se Declara la Nulidad y/o Ineficacia de la Afiliación; Compensación y; la Genérica.» (Doc. 02, fls. 70 a 95)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n° 063 de 3 de junio de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y.,** por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito, propuestas por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,**

TERCERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor **LUIS ALBERTO CORTES VASQUEZ** realizada el 19 de abril de 1996 a **PROTECCION S.A.**

CUARTO: ORDENAR a la **AFP PROTECCION S.A.,** que proceda a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** la totalidad de lo ahorrado por el demandante señor **LUIS ALBERTO CORTES VASQUEZ,** en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, gastos de administración, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello a cargo de su propio patrimonio.

QUINTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que proceda a recibir por parte de **PROTECCION S.A.,** la totalidad de lo ahorrado por el demandante señor **LUIS ALBERTO CORTES VASQUEZ,** de ahorro individual, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, gastos de administración, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ordenando también a **COLPENSIONES** que afilie nuevamente al demandante sin solución de continuidad ni imponiéndole cargas adicionales conservando para ese efecto, todos sus derechos y garantías, que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado al Régimen de Ahorro Individual.

SEXTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a pagar al señor **LUIS ALBERTO CORTES VASQUEZ,** la pensión de vejez en la cuantía de **\$ 4.635.894** para el año 2011, tanto para las mesadas pensionales ordinarias como para una adicional, desde el 05 de octubre de 2011. Al monto de la pensión se le deberá realizar los aumentos anuales establecidos en la ley.

SEPTIMO: RECONOCER que el señor LUIS ALBERTO CORTES VASQUEZ, tiene derecho al reajuste de su pensión de vejez a partir del 01 de enero de 2013 en los siguientes montos:

2.013	4.926.147,50
2.014	5.021.714,76
2.015	5.205.509,52
2.016	5.557.922,52
2.017	5.877.503,06
2.018	6.117.892,94
2.019	6.312.441,94
2.020	6.552.314,73
2.021	6.657.807,00
2.022	7.031.975,75

OCTAVO: CONDENAR a **COLPENSIONES** al pago del retroactivo pensional y diferencias pensionales generado desde el 05 de octubre de 2011 hasta el 31 de mayo de 2022, que asciende a la suma de **\$277.089.230,28**

NOVENO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES** que del retroactivo pensional reconocido al señor **LUIS ALBERTO CORTES VASQUEZ**, se realice el respectivo descuento para salud.

DECIMO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al pago de la indexación de las mesadas pensionales reconocidas al señor **LUIS ALBERTO CORTES VASQUEZ** 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.

Como fundamento de su decisión, manifestó que, la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 31989 de 2008, 33083 de 2011, SL1452 de 2019, SL1689 de 2019 y SL4680 de 2020, que trata sobre los actos de relacionamiento, expresó que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria a sus afiliados, puesto que, tal deber se encuentra consagrada en la normatividad vigente.

De igual forma, la falta de suministro de información al momento de realizar la solicitud de traslado conlleva a que se engañe a su futuro afiliado, y tenga como consecuencia que, se declare la nulidad del traslado.

Que a pesar que las demandadas insistieron en la existencia de un traslado libre y espontáneo, no milita en el plenario prueba que acredite la asesoría brindada, en los términos fijados por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que exige de las administradoras un obrar diligente y como buenos consejeros, debiendo apartarse de la posición de las demandadas, como quiera que, al actor le resulta más beneficioso estar afiliado al RPMPD, razón suficiente para declarar la ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de cotizaciones, bonos pensionales, aportes voluntarios con todos sus frutos e intereses, así como la totalidad de aportes que aparecen consignados en la cuenta de ahorro individual con sus correspondientes rendimientos e intereses generados.

Señaló que, no era de recibo los argumentos de Colpensiones en pretender exigir al actor 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994, para recobrar el régimen de transición, porque declarada la ineficacia del traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad es como si nunca hubiese dado el cambio de régimen pensional, y se debe entender que permaneció siempre en el RPM.

En cuanto a la pensión de vejez, indicó que, el actor es beneficiario del régimen de transición y cumplió con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, ya que para la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, el actor tenía 42 años de edad y en vigencia del AL 01 de 2005, acumuló más de 750 semanas, conservando así el régimen de transición hasta el año 2014.

En cuanto los requisitos que trata el AC 049/90, indicó que el señor Luis Alberto, los cumplió el 5 de octubre de 2011, fecha en la que cumplió 60 años de edad y acumuló un total de 1411,71 semanas en toda su vida laboral, por lo que, tiene derecho a una tasa de

reemplazo de 90% según el art. 20 del Acuerdo 049/90, por haber cotizado más de 1250 semanas.

Calculó la mesada pensional, arrojándole un valor mejor, conforme a los últimos 10 años de cotización, obteniendo un IBL de \$5.150.993, con una tasa de reemplazo de 90% le da una mesada pensional de \$4.635.894 para el año 2011, data en que cumplió la edad para pensionarse.

Respecto a la prescripción, indicó que, tuvo en cuenta la solicitud que realizó el actor el 14 de octubre de 2011, la cual, fue resuelta el 11 de enero de 2013, y la demanda se presentó el 7 de noviembre de 2017, que al realizar el cotejo de las fechas mencionadas, evidenció que con la solicitud se interrumpió el término de prescripción, es decir, que no operó cho fenómeno. (Doc. 14, min. 10:02 a 32:22)

III. RECURSO DE APELACIÓN

El **Demandante**, interpuso recurso de apelación contra la exoneración de intereses moratorios, teniendo en cuenta el retraso injustificado del fondo demandado para reliquidar su pensión. (Doc. 14, min. 32:49 a 33:27)

Colpensiones apeló la sentencia, con el argumento que el actor no cumple con los requisitos para ser beneficiario al régimen de transición, toda vez que, al haberse trasladado al RAIS debía tener 15 años de servicio o cotizaciones al 1 de abril de 1994, y así no perder dicho beneficio y poder retornar al RPMPD en cualquier tiempo, sumado a que la Corte Constitucional ha establecido además que, se requiere un cálculo de rentabilidad para recuperar el régimen de transición conforme a la Circular 06 de 2011, expedida por la

Superintendencia Financiera.

De otro lado, señaló que, la CSJ en sentencia SL 373 de 2021, moderó el precedente jurisprudencial respecto de los efectos de la nulidad del traslado para quienes adquirieron la calidad de pensionados por considerar que dicha condición conlleva una situación jurídica que ya está consolidada y no es posible retrotraer, en tanto la misma, afectaría no solamente a las personas, sino a las entidades, actos y demás relaciones jurídicas incluso el mismo sistema pensional, indistintamente si es pensionado en el RAIS o en el RPMPD. (Doc. 14, min. 33:41 a 41:51)

Por su parte **Protección S.A.**, mostró su inconformidad frente a la devolución de las comisiones de administración, toda vez que, indicó que son las que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, los cuales, están autorizados por la ley, por lo que, no es posible ordenar la devolución de estos conceptos, puesto que, son comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual, descuento realizados conforme la ley, y como contra prestación de una buena gestión de administración como es legalmente permitido.

Que el art. 1746 del CC habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y el abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que, aunque se declare una ineficacia o nulidad de la afiliación y que nunca existió un contrato, no se puede desconocer, que el bien administrado arrojó unos frutos o unas mejoras y ellos se ven reflejados en los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena fe de la AFP y esta se da por la comisión de la administración.

Que el seguro previsional se paga mes a mes a una aseguradora para que en caso en que ocurra un siniestro por invalidez o sobrevivencia dicha entidad pague las sumas adicionales necesarias para financiarlas. (Doc. 14, min. 42:04 a 46:24)

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.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n° 424 del 19 de septiembre de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte demandante, como se advierte en los archivos 06 del expediente digital, los cuales son considerados en el contexto de este proveído.

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 de la Seguridad Social, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, será establecer si es procedente declarar la nulidad de traslado frente a personas que se encuentran pensionadas en el RPMPD, de ser posible, se procederá a verificar si se demostró en el plenario que Protección S.A., cumplió con el deber legal de brindarle información relevante al señor Cortés Vásquez 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 el actor es beneficiario del régimen de transición y si acreditó los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990, se reliquidará la pensión de vejez, 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 el señor Cortés Vásquez nació el 5 de octubre de 1951. (Doc. 01, fl. 59).
- ii)** Que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones, desde el 2 de julio de 1968 hasta el 31 de mayo de 1996, fecha en que se hizo efectivo el traslado del RPM al RAIS administrado por la AFP Protección S.A., donde permaneció hasta el 30 de abril de 2002 y retornó al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones, cotizando hasta el mes de diciembre de 2009. (Doc. 02, fl. 96)
- iii)** Que el 14 de octubre de 2011, solicitó al ISS hoy Colpensiones la pensión de vejez, la cual, le fue reconocida mediante resolución GNR 001009 de 11 de enero de 2013, bajo la Ley 797 de 2003, con un IBL de \$5.222.094, una tasa de remplazo de 69,89% para una primera mesada de \$3.493.059, fecha de status 5 de octubre de 2011 y de efectividad el 1 de enero de 2013. (Doc. 01, fls. 73 a 78)

- iv) Inconforme con la anterior decisión, el actor propuso recurso de reposición, con el argumento que su pensión debía estudiarse con el Acuerdo 049/90, aplicando una tasa de remplazo de 90% y el retroactivo desde la fecha en que cumplió la edad de pensión, 5 de octubre de 2011, recurso que fue resuelto de manera negativa por resolución GNR 152957 de 6 de mayo de 2014. (Doc. 01, fls. 79 a 84)
- v) El 27 de mayo de 2014, nuevamente solicitó el estudio de su pensión y le reconozca el retroactivo pensional, y el 9 de octubre de 2014, Colpensiones mediante resolución GNR 355156, lo negó con el argumento que su empleador Coser S.A., no reportó novedad de retiro, razón por la cual, el reconocimiento debe ser a partir de la inclusión en nómina. (Doc. 01, fls. 85 a 98)
- vi) Que el 8 de mayo de 2017, solicitó a Protección S.A., la nulidad de su afiliación.

i) De la ineficacia del traslado de personas que disfrutan de una pensión de vejez en el RPMPD

Sobre este aspecto, es preciso indicar que la CSJ ha sostenido de manera reiterada que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»*, sin importar si el afiliado *«tiene o no un derecho consolidado, tiene o no un beneficio transicional, o está próximo o no a pensionarse»*. Por esta razón, el tener causado un derecho pensional no es, en principio, un impedimento para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional.¹

En la misma sentencia, aclara que sólo en el caso de los pensionados del RAIS, la Corte *«(...) ha defendido el criterio que no es*

¹ Sentencia SL 2929 de 2022

posible darle efectos prácticos a la declaratoria de ineficacia -vuelta al statu quo ante-, teniendo en cuenta que la calidad de pensionado en este régimen pensional da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar «a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto» (CSJ SL373-2021)

Sin embargo, esta regla no puede extenderse a los pensionados del RPMPD, pues estos se encuentran en una situación completamente distinta, al punto que el restablecimiento de sus derechos no apareja las complejidades y tensiones propias de los pensionados del RAIS»

Bajo esta óptica, el argumento de Colpensiones frente a la situación de pensionado del señor Luis Alberto en el RPMPD no es óbice, para que no se pueda declarar la nulidad del traslado que efectuó un afiliado que estando en el RPMPD se trasladó al RAIS, por la falta de información de la AFP al momento de la afiliación.

Sobre la ineficacia del traslado, se tiene que la misma Corte en sentencia SL 1688 de 2019, reiterada en SL 3434 de 2019 y 4360 de 2019, reiteró que, conforme al art. 271 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

En ese sentido, dijo la CSJ en la sentencia ya citada, SL 2929 de 2022, «La ineficacia en sentido estricto se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica al acto. Así, la sentencia que declara la ineficacia no hace más que comprobar o constatar un

estado de cosas -la ineficacia- surgido con anterioridad al inicio de la litis.

Puesto que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Esto quiere decir que «si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones» (CSJ SL3464-2019).»

En ese sentido, no puede alegarse que por el hecho que el afiliado haya accedido al traslado o firmado el formato de afiliación y/o traslado de régimen se tenga como un acto libre y espontáneo, al respecto 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»*².

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*

² Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 12136 de 2014.

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 los afiliados la información suficiente y transparente que les 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 la afiliada pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; 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 reitera que, a pesar de hallarse signada por el actor 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 acarreaban al afiliado 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, formato de traslado expedido por Protección S.A., el certificado de Asofondos y la Historia Laboral expedida por Colpensiones (Doc. 01, 02 y 05), nada puede extraerse sobre la información brindada al demandante respecto de las consecuencias que traía consigo el traslado del RPM 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, tal y como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL618-2022.

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 al usuario la ilustración necesaria para que este tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado 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.

Corolario de lo expuesto estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de Protección S.A., entidad con la cual se

materializó el traslado, el incumplimiento 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, 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 Protección 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 Protección 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 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, a pesar que el afiliado ya se encuentre en dicho régimen, sin embargo y, debido a la viciada afiliación 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 Protección 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 SL 1688 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 el afiliado, hacen parte de ese capital, como la 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.

Sobre las restituciones mutuas, hay que decir que, 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.

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que, esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues 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, extensible en este caso (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Es por todo lo anterior, que habrá de adicionarse el literal 4º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido condenar a Protección S.A. a reintegrar además de todas las sumas de dinero por concepto del saldo de la cuenta individual, los gastos de administración y comisiones correspondientes al periodo en que el demandante estuvo afiliado a dicha entidad, esto con cargo a su patrimonio, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo en que estuvo afiliado el actor en ese régimen, los cuales deberán ser indexados para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.

ii) De la pensión de vejez

Sobre esta pretensión, como primera medida, la Sala deberá verificar si el demandante es beneficiario del régimen de transición

establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, único que le permite pensionarse bajo los parámetros de la normatividad anterior, esto es el Acuerdo 049/90 aprobado por el Decreto 758 de 1990 o demás que existiere antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

Este régimen establece como beneficio *que, la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas* sea la establecida en el régimen anterior al cual se encuentre afiliado el trabajador.

Para tal efecto, el legislador precisó que el régimen de transición va dirigido a tres categorías de trabajadores, a saber: 1) Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad, a 1º de abril de 1994. 2) Hombres con cuarenta (40) o más años de edad, a 1º de abril de 1994. 3) Hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, a 1º de abril de 1994.

Conforme con lo anterior, para ser beneficiario o sujeto del régimen de transición pensional no se requiere cumplir paralelamente el requisito de edad y el de tiempo de servicios cotizados, sino tan solo uno de ellos, pues la redacción disyuntiva de la norma así lo sugiere.

Este artículo 36 fue modificado posteriormente con el parágrafo 4º transitorio del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual dispuso que el régimen de transición estaría vigente hasta el 31 de julio de 2010, a efectos de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse. Sin embargo, estableció que quienes cumplieran con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (que lo fue el 25 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos setecientas cincuenta

750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014.

Por esta razón, si quien reclama el reconocimiento pensional se encuentra cobijado por el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, debía demostrar que cotizó 750 semanas o más para el momento en que el referido Acto Legislativo entrara a regir, es decir, hasta el 25 de julio de 2005. La protección que ofrece este acto legislativo relevaba a las personas de que les fuese aplicado el régimen legal contenido en la Ley 797 de 2003, porque ello implicaba la afectación al derecho a la seguridad social y al mínimo vital de los interesados, en la medida en que ésta última norma incrementó las exigencias para adquirir el estatus pensional. Ahora, de no reunirse los requisitos atrás señalados, debía el futuro pensionado cumplir con las exigencias referidas en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, para acceder a la prestación por vejez.

En el caso de autos, el actor se encuentra inmerso en el régimen de transición citado, porque al 1º de abril de 1994, contaba con 42 años de edad, toda vez que, nació el 05 de octubre de 1951, conforme se desprende de la cédula de ciudadanía. (Doc. 01, fl. 59).

Ahora bien, según el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, para que una persona sea merecedora de la pensión de vejez, debe acreditar 2 requisitos, el primero la edad, para las mujeres 55 años y los hombres 60 años, y segundo un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Entonces, respecto al primer requisito, se observa que, el actor lo cumplió el 05 de octubre de 2011 (60 años de edad), es decir que, el régimen en su forma natural lo perdió, sin embargo, el mismo AL

01 de 2005, estableció que, las personas que a la entrada en vigencia de éste, el 25 de julio de 2005, tuviesen mínimo 750 semanas cotizadas, el régimen se le extendería hasta el 31 de diciembre de 2014, al realizar el conteo de semanas cotizadas por el actor hasta esa fecha se encontró que alcanzó a cotizar un total de 1233,43 semanas, es decir que, conservó con creces el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

Ahora bien, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, establece que, el IBL será el promedio de los *«salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.»* Así mismo, dispone que, *«Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.»*

Por su parte el art. 20 del Acuerdo 049/90, estableció que el valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni inferior al salario mínimo legal, siendo el tope 1250 semanas.

En ese sentido, al haber cotizado el actor más de 1250 semanas en toda su vida laboral, se hace acreedor de que su pensión sea calculada con las cotizaciones de toda su vida laboral o con las de los últimos 10 años de adquirir la pensión, con una tasa de reemplazo de 90%.

Así las cosas, al realizar los cálculos matemáticos, se observa que, el IBL más favorable para éste es el calculado en los últimos 10 años de cotizaciones, el cual arrojó un total de \$4.736.467,52, que al aplicarle la tasa de remplazo de 90%, dio como resultado una primera mesada para el año 2011 de **\$4.262.820,77.**

Al revisar la liquidación efectuada por el Juzgado, se observa que, la misma arrojó un valor superior al liquidado por esta Judicatura, razón por la cual, se dejará esta última en favor de Colpensiones, por conocer en el grado jurisdiccional de la consulta.

Ahora bien, antes de establecer las diferencias adeudadas por Colpensiones, es preciso aclarar que, en este caso en particular, la prescripción no operó, toda vez que, el actor cumplió los requisitos de pensión el 5 de octubre de 2011 (fecha en que cumplió 60 años de edad), elevó la solicitud pensional ante Colpensiones, el 14 de octubre 2011, y Colpensiones mediante resolución GNR 001009 de 11 de enero de 2013, le reconoció el derecho pensional, el 21 de junio de 2013, el señor Cortés propuso recurso de reposición contra la anterior decisión y el 6 de mayo de 2014, Colpensiones confirmó la resolución, el 27 de mayo de 2014, nuevamente solicitó el estudio de su pensión, el mismo le fue negado a través de la resolución GNR 355156 de 9 de octubre de 2017, y la demanda se presentó el 7 de noviembre de 2017, como se puede observar, con la solicitud pensional se interrumpió el término trienal de la prescripción.

Del Retroactivo o Diferencias Adeudadas.

Mediante resolución GNR 001009 de 11 de enero de 2013, Colpensiones reconoció una pensión vejez al señor Luis Alberto bajo los postulados de la Ley 797 de 2003, situación que ya fue descartada por la Sala, toda vez que, el actor tiene derecho a la pensión de vejez

conforme el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, en ese sentido, se observa, que en el acto administrativo en cita el fondo le reconoció una mesada pensional de \$3.493.059, efectiva a partir de 1 de enero de 2013 y no a partir de 5 de octubre de 2011 (fecha en la que cumplió los requisitos de edad y semanas), razón por la cual, el actor interpuso recurso de reposición contra la decisión, primero porque no estaba de acuerdo con la Ley mediante la cual se le concedió el derecho y por la fecha de su efectividad, con el argumento que el actor se encontraba activo con el empleador Coser S.A., razón por la que, le informó que hasta que no se acredite la novedad de retiro, será la de efectividad del derecho la de la inclusión en nómina, resolución GNR 152357 de 6 de mayo de 2014 (Doc. 01, fls. 79 a 84).

Sobre este punto, el actor aportó liquidación definitiva del contrato de trabajo suscrito con Coser S.A., de la que se alcanza a observar que, estuvo vinculado con esa entidad hasta el 31 de noviembre de 2007 y de la historia laboral expedida por Colpensiones, se observa que, el actor a partir del mes de diciembre de 2007 comenzó a cotizar con el empleador Alfacoop CTA y otras. (Doc. 01, fls. 90 y Doc. 05), es de indicar, que el señor Luis Alberto con su recurso de reposición allegó el documento en mención, sin lograr que, la entidad le reconociera el derecho a partir de la fecha en que cumplió con los requisitos.

Bajo esta mirada, Colpensiones no tenía ninguna excusa para no reconocer la pensión de vejez desde el 5 de octubre de 2011, fecha en que adquirió el status de pensionado el actor y desde la que se debía comenzar a pagar el derecho.

Aclarado lo anterior, realizadas las operaciones matemáticas para establecer las diferencias adeudadas por Colpensiones, nos arrojó como diferencias la suma de **\$152.624.548,08**, desde el 5 de

octubre de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2023, dineros que deberán ser indexados al momento de su pago, de los cuales, se autoriza a Colpensiones descontar el porcentaje correspondientes a los aportes en salud, siendo la mesada para el año 2023 la suma de **\$7.314.428.**

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 del derecho a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones no le era posible el reconocimiento pensional bajo los postulados del AC 049/90 y por ende, no era posible el reajuste pensional, por haber perdido el régimen de transición con ocasión al trasladado de régimen que efectuó a Protección S.A., entonces, a pesar que el a-quo se refirió sobre este aspecto, la Sala confirmará la condena de la indexación de las diferencias liquidadas.

En consecuencia, se adicionará el literal 4º, y se modificará los literales 6º, 7º y 8 de la sentencia nº 063 de 3 de junio de 2022 recurrida. Costas en esta instancia a cargo del señor Luis Albero Cortes Vásquez, Colpensiones y Protección S.A., por no salir avante sus recursos, tásense en primera instancia e inclúyanse como agencias en derecho la suma de un (1) smlvm, para 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: ADICIONAR el literal 4º de la sentencia n° 063 de 3 de junio de 2022, emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **CUARTO: ORDENAR** a la **AFP PROTECCION S.A.**, que proceda a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** además de todas las sumas de dinero por concepto del saldo de la cuenta individual, los gastos de administración y comisiones correspondientes al periodo en que el señor **LUIS ALBERTO CORTES VÁSQUEZ** estuvo afiliado a dicha entidad, esto con cargo a su patrimonio, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo en que estuvo en ese régimen, los cuales deberán ser indexados para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios con cargo a su propio peculio.

SEGUNDO: MODIFICAR los literales 6º, 7º y 8 de la sentencia 063 de 3 de junio de 2022, así:

SEXTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a pagar al señor **LUIS ALBERTO CORTES VASQUEZ**, la pensión de vejez en la cuantía de **\$4.262.820,77** para el año 2.011, tanto para las mesadas pensionales ordinarias como para una adicional, desde el 05 de octubre de 2011. Al monto de la pensión se le deberá realizar los aumentos anuales establecidos en la ley.

SÉPTIMO: RECONOCER *que el señor **LUIS ALBERTO CORTES VASQUEZ**, tiene derecho al reajuste de su pensión de vejez a partir del 01 de enero de 2013 en los siguientes montos:*

2013	\$ 4.529.716,4854
2014	\$ 4.617.592,9852
2015	\$ 4.786.596,8884
2016	\$ 5.110.649,4978
2017	\$ 5.404.511,8439
2018	\$ 5.625.556,3783
2019	\$ 5.804.449,0712
2020	\$ 6.025.018,1359
2021	\$ 6.122.020,9278
2022	\$ 6.466.078,5040
2023	\$ 7.314.428,0037

OCTAVO: CONDENAR a COLPENSIONES *al pago del retroactivo pensional y diferencias pensionales generado desde el 05 de octubre de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2023, que asciende a la suma de **\$152.624.548,08.***

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo del señor **LUIS ALBERO CORTES VÁSQUEZ, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, por no salir avante sus recursos, tásense en primera instancia e inclúyanse como agencias en derecho la suma de un (1) smlv, para cada una.

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

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales



Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

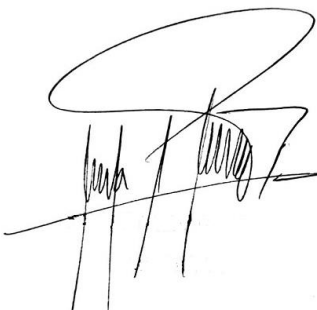
Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

Cali-Valle

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA.
SALVO VOTO PARCIAL



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

Magistrado Ponente:
YULI MABEL SANCHEZ QUINTERO

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Se considera conforme a la providencia que la reclamante en efecto tiene derecho a la pensión anhelada, el desacuerdo consiste en apurar el beneficio pensional solo con la novedad de retiro, pues la obligación de cotizar cesa al momento de reunir el afiliado los requisitos para reclamar y gozar de la pensión, punto en el que también la jurisprudencia ha evolucionado aceptando inferencialmente la exigida novedad de retiro: - “La pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990 se causa a partir del cumplimiento de la edad y las semanas exigidas en la norma, pero su disfrute requiere por regla general la desafiliación formal del sistema, o en situaciones excepcionales de las que se puede inferir la voluntad del afiliado de no continuar vinculado a éste, tales como dejar de cotizar y solicitar el reconocimiento de la prestación o de la indemnización sustitutiva.” **(SL2061-2021)**

En este evento con la apelación se advierte el deseo del jubileo, por lo que a mi juicio se debió reconocer desde esa fecha la pensión junto con las mesadas correspondientes, operación que en nada desfinancia el sistema financiero pensional toda vez que por ello se ordenó el traslado de todos los haberes permisivos para reconocer el derecho.

EL MAGISTRADO,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA