



República de Colombia

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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NOHEMI BOTINA PERDOMO
DEMANDADO	COLPENSIONES Y OTROS
RADICADO	76001-31-05-012-2022-00799-01
JUZGADE ORIGEN	JUZGADO DOCE LABORAL
TEMAS Y SUBTEMAS	NULIDAD TRASLADO - PENSIÓN DE VEJEZ - LEY 797/2003
DECISIÓN	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 Skandia S.A., Porvenir S.A., y Colpensiones e igualmente el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, de la sentencia n° 012 de 6 de febrero de 2022, emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, por lo que se dicta la siguiente:

SENTENCIA n° 281

I. ANTECEDENTES

La 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 Porvenir S.A., y la que hizo posteriormente a Skandia S.A., y en consecuencia, se ordene a Colpensiones reconocer y pagar una pensión de vejez, junto a los intereses moratorios que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible en el Doc. 03 y 7, así como la contestación de Colpensiones, Porvenir y Skandia militantes en el Doc. 16, 17 y 18.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n° 082 de 6 de febrero de 2023, resolvió:

SEGUNDO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** efectuado por la señora **NOHEMI BOTINA PERDOMO** al régimen de ahorro individual y de todas las afiliaciones que ésta haya tenido a administradoras del mismo y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a **PORVENIR** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **NOHEMI BOTINA PERDOMO** incluyendo el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: CONDENAR a **SKANDIA** y **PORVENIR S.A.** a devolver los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados.

QUINTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** en su calidad de administradora del régimen de prima media con prestación definida a reconocer y pagar pensión vitalicia de vejez a la señora **NOHEMI BOTINA PERDOMO** a partir del 08 de septiembre de 2022, en cuantía de \$1.541.923 a razón de 13 mesadas por año. La cuantía de la obligación asciende al 31 de enero de 2022 a \$ 9.094.054.36.

SEXTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer indexación sobre las mesadas insolutas, teniendo en cuenta la fecha de causación de cada mesada y hasta que se efectuó el pago.

SÉPTIMO: COSTAS a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR Y SKANDIA** a favor de la accionante. Tásense por secretaría del despacho fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído a cargo de cada una.

OCTAVO: AUTORIZAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a descontar del retroactivo generado por mesadas ordinarias el monto de los aportes al sistema de seguridad social en salud que le corresponde al demandante y los remita de manera directa a la EPS a la cual se encuentra afiliado.

Como fundamento de su decisión, manifestó que, de acuerdo con la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1688 y SL2817 de 2019, y SL 5686 de 2021 expresó que las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad tienen la obligación de brindar información clara, completa y comprensible el panorama a enfrentarse al momento que se realiza el traslado, exponiendo los beneficios y consecuencias del traslado.

Indicó, que en el expediente no obra prueba alguna que las AFP hayan brindado una información completa, razonada, adecuada, clara y necesaria para con el afiliado, explicándole las características, condiciones, acceso efectos y riesgos del nuevo régimen, por lo tanto, no se podía presumir que la decisión tomada por el demandante fue libre.

Como consecuencia de lo anterior, expresó que las demandadas están obligadas a devolver los aportes pensionales, los bonos pensionales, los de gastos de administración incluyendo comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantías, como las sumas adicionales con sus frutos e intereses, y declaró que no era procedente la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

Ahora bien, en relación con la pensión de vejez dijo que la norma aplicable era la 797 de 2003, la que exige un mínimo de 1300 semanas de cotización y la edad de 57 años para las mujeres, requisitos que cumplió la actora en el año 2022.

Por lo anterior, dijo que para liquidar la pensión se debía aplicar el art. 21 de la Ley 100 de 1993, y calculado el IBL con toda la vida laboral o con los últimos años de cotización, le arrojó que el IBL más

favorable era el promedio de los últimos 10 años, arrojándole un IBL de \$2.289.078, tasa de reemplazo 67.36%, para una mesada pensional de \$1.541.923 a partir de 8 septiembre de 2022 fecha del cumplimiento de la edad, por lo que, le arrojó un retroactivo pensional de \$9.094.54,36, desde el 8 de septiembre de 2022 al 31 de enero de 2023.

Aclaró que el reconocimiento de los intereses moratorios no era procedente, en atención a que antes de la declaratoria de la ineficacia del traslado, la llamada a realizar tal reconocimiento era la AFP, lo que implicó que al momento en que el actor reclamó a Colpensiones no tenía esta la facultad para hacer. (Doc. 38, min. 1:17:33 a 2:03:09)

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, solicitó que se revoque la pensión reconocida por la A-quo, toda vez que, no le era posible reconocer la nulidad del traslado de régimen pensional de la actora, por cuanto, no es beneficiaria del régimen de transición, y al momento de solicitar el traslado le faltaba menos de 10 años para cumplir la edad pensional y sólo el reconocimiento de la pensión se puede dar por la declaratoria efectuada vía judicial y en consecuencia, el estudio de la pensión. (Doc. 38, min. 2:13:34 a 2:16:22)

Skandia S.A., apeló la sentencia y manifestó que cumplió a cabalidad todas las obligaciones que tenían al momento de la afiliación de la actora, en ese sentido, no se le puede exigir formalidades que no se encontraban vigentes para la época de la afiliación; que no fue Skandia quien realizó la primera afiliación de la actora y que aceptó la vinculación de ésta, sin que mediara ningún vicio en el consentimiento.

Que, al declararse la ineficacia del traslado de la actora, equivaldría decir, que la AFP nunca administró los aportes, rendimientos etc., y por lo tanto, no estaría obligada a devolver los gastos de administración y demás rubros ordenados por la Juez.

Que los gastos de administración tienen una destinación legal, en ese orden, no podía dejar de hacerlo y lo mismo ocurre con las sumas de seguros previsional. (Doc. 38, min. 2:16:39 a 2:20:22)

Porvenir S.A., apeló la decisión de la a-quo, y manifestó que, a pesar que la actora alegó vicios en el consentimiento no los probó y ello sucede, porque Porvenir nunca incurrió en las conductas que se le endilgó, pues la actora se afilió de manera libre y voluntaria, no hizo uso de su derecho de retracto y para la época en que se trasladó de régimen no existía norma que obligara a las AFP brindar o demostrar las ventajas o desventajas de los regímenes e indicó que la presente acción se encuentra prescrita, toda vez que, las pretensiones van encaminadas a obtener un mayor valor de la mesada pensional y no precisamente el derecho.

Solicitó entonces, declarar probadas las excepciones propuestas, de no ser así, que todos los rendimientos generados deben ser compensados con los gastos de administración que se le impusieron, teniendo en cuenta que, este concepto está ajustado a la ley y a la Constitución.

En cuanto a la indexación de la condena, señaló que debe tenerse en cuenta que se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor del fondo público que no ha realizado ninguna gestión en favor del actor. Por último, solicitó que se revoque la condena en costas teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos. (Doc. 38, min. 2:25:15 a 2:28:11)

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° 437 del 02 de octubre de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte demandante, Porvenir y Skandia, como se advierte en los archivos 07, 08 y 09 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 la 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. y Skandia S.A. cumplieron con el deber legal de brindarle información relevante a la señora Nohemí Botina 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 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 Nohemi Botina Lasso nació el 8 de septiembre de 1965. (Doc. 01, fl. 55).
- ii)** Que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, desde el 30 de agosto de 1989 hasta el 31 de julio de 1999, fecha en la que se trasladó al RAIS administrado por Skandia S.A., hasta el 28 de febrero de 2001, toda vez que, el 22 de marzo de 2001, mutó al fondo en el que se encuentra actualmente. (Doc. 17, fls. 22 a 32).
- iii)** Que el 15 de julio de 2022, ante la solicitud de traslado presentada por la actora, Colpensiones le respondió el mismo día que no era posible porque se encontraba a 10 años o menos del requisito de edad para pensionarse (Doc. 01, fls. 6)
- iv)** Que el 25 de agosto de 2022, solicitó el traslado a Porvenir S.A., y ésta lo negó el 15 de septiembre de 2022. (Doc. 01, fls. 14 a 17)

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 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, 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.

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 12136 de 2014.

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

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se 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 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 desata también, que a pesar de hallarse signada por la actora 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 acarrearían 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, de las pruebas obrantes en el expediente, formato de traslado expedido por Skandia S.A. y Porvenir S.A., el certificado de Asofondos y la Historia Laboral expedida por las demandadas (Doc. 02, 7, 16, 17 y 18), nada puede extraerse sobre la información brindada a la 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 la afiliada 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 las 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 al afiliado (a) 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 llevaba afiliada al RAIS más de 15 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 la afiliada se trasladó a Skandia S.A., y 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 Skandia S.A. entidad con la cual se

materializó el traslado, el incumplimiento 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 la afiliada, con lo que se desestiman los argumentos de Skandia S.A., 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 Skandia y posteriormente Porvenir S.A., no existe razones para que no trasladen 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 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 las AFP Skandia S.A. y 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.

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

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a Colpensiones, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por las AFPs, pues pese a lo señalado por las apoderadas de Porvenir S.A. y Skandia S.A., si bien el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional,

no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de las administradoras del RAIS 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 las administradoras del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

Sobre las restituciones mutuas, 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, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y la parte demandante.

Respecto a lo señalado por las AFPs en sus recursos, en torno a la oposición de que los emolumentos a devolver deben ser restituidos de manera indexada, es la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia como la SL 4609 de 2021, la que advierte que las sumas a reintegrar a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima deberán ser indexadas para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios; sumas estas que se distinguen de los aportes para pensión de vejez, que son sobre los que se causan los rendimientos, y por los cuales, en consideración a tales frutos o réditos, no se ordena ningún tipo de actualización.

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).

En consecuencia, se confirmará la Sentencia de primera instancia sobre este aspecto.

ii) De la pensión de vejez

Al respecto se tiene que la señora Nohemi solicitó el reconocimiento de una pensión de vejez desde el 8 de septiembre de 2022.

De las documentales que reposan en el expediente digital, se extrae que la actora, nació el 8 de septiembre de 1965. (Doc. 01, fl. 55), razón por la cual, el 8 de septiembre de 2022 cumplió la edad para pensionarse, 57 años, según el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, esta ley prevé que, para obtener la pensión de vejez, además de la edad mencionada, debe haber cotizado un mínimo 1.300, semanas que cumplió según la historia laboral expedida por Porvenir S.A. (Doc. 16, fls. 72 a 88)

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 – 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 (...)*».

Al respecto, se tiene que la actora no reporta retiro al sistema de seguridad social en pensiones según la historia laboral de la demandante, puesto que su última cotización la realizó en octubre de 2022, sin embargo, la actora para el mes de julio y agosto de 2022, inició los trámites de la nulidad de traslado de régimen, y la demanda la radicó el 21 de octubre de 2022, por lo anterior, se observa, sin mayor esfuerzo que la pretensión de la señora Nohemi es la de pensionarse y no continuar cotizando al sistema general en pensiones, por lo que en este aspecto se confirmará 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, el cual, nos arrojó un IBL de \$2.370.821,17, que al aplicarle la tasa de reemplazo de 68,16% dio como resultado una mesada pensional de **\$1.615.951,71** para el año 2022, con un retroactivo pensional desde el 9 de septiembre de 2022 al 28 de febrero de 2023 (fecha de la sentencia de primera instancia) arrojó un total de **\$11.304.767,26**, no obstante, al revisar la liquidación efectuada por el juzgado de origen se observó que, la mesada pensional es inferior a la liquidada por esta Corporación, razón por la cual, se dejará incólume la decisión de primera instancia, para no hacer más gravosa la situación de Colpensiones.

En este punto, es preciso indicarle a Colpensiones que la pensión hoy reconocida y su consecuente retroactivo, es el resultado de la declaración de la ineficacia de un trámite que no se realizó correctamente, y si bien, resulta afectada, no es menos cierto que podrá utilizar las herramientas legales para exigir las devoluciones de los conceptos aquí fulminados en contra de Porvenir S.A. y Skandia

S.A., en su favor, por lo que, cercenarle el derecho a una persona que lo tiene por trámites administrativos es ir en contra vía del derecho fundamental a la seguridad social, por lo que, su reparo no es procedente y deberá cumplir a cabalidad lo aquí ordenado.

Sobre la prescripción, la misma no opera, toda vez que, el derecho nació el 9 de septiembre de 2022, las reclamaciones administrativas se elevaron en agosto y septiembre de mismo año, y la presente demanda en octubre de 2022, es decir que, no ha transcurrido el término trienal de la prescripción.

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

En consecuencia, se modificará el literal 5º de la sentencia nº 012 de 6 de febrero de 2022, emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido que la pensión de vejez será reconocida a partir de 9 de septiembre de 2022 (día siguiente a la causación del derecho). Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A., y Skandia 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 de ellas.

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: MODIFICAR el literal 5º de la sentencia nº 012 de 6 de febrero de 2022, emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido que la pensión de vejez será reconocida a partir de 9 de septiembre de 2022 (día siguiente a la causación del derecho).

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo **Colpensiones, Porvenir S.A., y Skandia 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 de ellas.

TERCERO: 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

Call-Ville

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA