



República de Colombia

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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	SANDRA LORENA ENRÍQUEZ ASTUDILLO en calidad de Guardadora del señor JAVIER ENRÍQUEZ ASTUDILLO
DEMANDADO	COLPENSIONES Y OTROS
RADICADO	76001-31-05-005-2020-00395-01
TEMAS Y SUBTEMAS	NULIDAD TRASLADO - PENSIÓN DE INVALIDEZ
DECISIÓN	MODIFICA

Santiago de Cali, Valle del Cauca, quince (15) 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, Porvenir S.A., y Colpensiones e igualmente el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, de la sentencia n° 290 de 12 de julio de 2022, emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º 323

I. ANTECEDENTES

La señora Sandra Lorena Enríquez Astudillo en representación del señor Javier Enríquez Astudillo presentó demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por el señor Javier, desde el régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A.

En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A., a devolver a favor de Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del mentado señor Javier Enríquez como rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración, saldo de cuentas de rezago, cuentas de no vinculados, historia laboral actualizada sin inconsistencias de semanas y los aportes voluntarios si los hubiese indexados y a Colpensiones que reciba el traslado de los anteriores conceptos, de no cumplir con la orden de devolución y aceptación por parte de las demandadas, solicitó que condene a Colpensiones y Porvenir S.A., a reconocer y pagar perjuicios moratorios que trata el art. 426 del CGP.

Igualmente, se ordene a Colpensiones reconocer y pagar una pensión de invalidez junto los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Como sustento de sus pretensiones dijo que, el señor Javier Enríquez nació el 12 de junio de 1967, y se afilió al ISS hoy Colpensiones el 4 de junio de 1985; que el 31 de octubre de 1997 se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., sin que esta última le informaran de las ventajas y desventajas de cada uno

de los regímenes; que el 24 de abril de 2017, el señor Javier Enríquez solicitó ante Colpensiones el traslado al RPMPD, y ésta el 29 de abril de 2017 lo aceptó, sin embargo, Porvenir S.A., al momento del retorno de régimen no trasladó a Colpensiones la totalidad de los importes que comprende la cuenta de ahorro individual del señor Javier, omitiendo la devolución de los rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración, saldo de cuentas de rezago, etc.

Expresó que, el señor Javier alcanzó a cotizar 1651 semanas en toda su vida laboral y que su IBL entre los últimos 10 años de vida laboral, sobrepasó la suma de \$1.800.000 arrojándole un promedio de \$1.546.310; que en el mes de mayo de 2017, el afiliado comenzó con problemas de salud, razón por la cual, padeció un aneurisma cerebral y por tal motivo, no pudo volver al mundo laboral; por esta situación, la demandante hermana del señor Javier radicó proceso de interdicción la cual terminó con la sentencia n° 235 de 12 de diciembre de 2018 proferida por el Juzgado 1° de Familia del Circuito de Cali, mediante la cual, se le facultó como guardadora principal de su hermano Javier.

Manifestó que, el 3 de abril de 2018, Colpensiones a través de dictamen de PCL 2018266725PQ determinó que el señor Javier tiene una PCL de 82.75%, con estructuración de 12 de mayo de 2017, de origen común.

Dijo que, el señor Javier Enríquez cuenta con más de 50 semanas cotizadas al 12 de mayo de 2017, por ello, el 25 de enero de 2019, la señora Sandra Lorena en representación de su hermano Javier solicitó a Colpensiones la pensión de invalidez y por resolución SUB 102167 de 29 de abril de 2019, le ordenó reconocer y pagar la misma en cuantía \$1.076.522 a partir de 25 de marzo de 2018, debido que los periodos entre el 12 de marzo de 2017 (fecha de

estructuración) y el 24 de marzo de 2018 fueron cancelados bajo el concepto de subsidio de incapacidad médica, no obstante, dicha resolución fue dejada en suspenso por Colpensiones hasta que la señora Sandra Lorena no allegará el acta de posesión y discernimiento del cargo de guardadora.

Seguidamente, señaló que, Colpensiones a través de la resolución APSUB 2572 de 12 de julio de 2019, revocó la anterior decisión con el argumento que como quiera que la fecha de estructuración de la PCL del señor Javier acaeció el 12 de mayo de 2017 y la afiliación a Colpensiones lo fue el 1 de junio de 2017, no es a ese fondo a quien le toca asumir la pensión de invalidez, sino a Porvenir S.A., situación que, no se acompasa con la aceptación de traslado de régimen que realizó Colpensiones el 29 de abril de 2017.

De otro lado, informó que Colpensiones expidió simultáneamente las resoluciones SUB 226877 de 21 de agosto de 2019 y APSUB 2927 de 23 de agosto de 2019, la primera, reiteró su falta de legitimidad para otorgar la pensión, no obstante, ordenó ingresar en nómina de pensionados y cancelar la mesada a partir de 1 de septiembre de 2019, hasta noviembre de 2019, y la segunda, requirió a la señora Sandra Lorena para que en su calidad de guardadora del señor Javier Enríquez autorizara revocar las resoluciones SUB 102167 y SUB 226877 ambas de 2019 y, mediante resolución SUB 298083 de 28 de octubre de 2019, Colpensiones las revocó y ordenó remitir toda la información a Porvenir S.A., para el reconocimiento de la pensión de invalidez; decisión que fue recurrida y confirmada por la resolución DPE 1160 de 22 de enero de 2020.

Debido a lo anterior, solicitó la pensión de invalidez ante Porvenir S.A., y el 17 de septiembre de 2019 la AFP negó la solicitud porque el señor Javier no tiene cuenta activa en ese fondo; que el 14

de febrero de 2020, solicitó ante Colpensiones información sobre el traslado de sus aportes a Porvenir S.A., y a la AFP Porvenir S.A., sobre su facultad de reconocer la pensión, al respecto, Porvenir le requirió una serie de documentos para iniciar nuevamente el proceso de PCL, sometiendo al señor Javier a trámites administrativos que vulneran sus derechos fundamentales, por esa razón, la señora Sandra Lorena propuso acción de tutela para que se le garantizara a su hermano la prestación económica y el cubrimiento continuo del sistema de salud tras la omisión de las demandadas.

De la acción de tutela, conoció el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali, quien profirió sentencia nº 076 de 30 de marzo de 2020, en la que dispuso tutelar los derechos fundamentales del señor Javier Enríquez y ordenó a Colpensiones a reactivar el pago de la pensión de invalidez hasta que Porvenir no se pronuncie sobre si es o no competente para reconocer la prestación, y le otorgó dos meses a Porvenir S.A., para que informara si era o no competente para estudiar el derecho reclamado.

Expresó que, en cumplimiento de la sentencia de tutela, Colpensiones expidió la resolución SUB 97080 de 23 de abril de 2020, en la que dispuso cancelar la pensión de invalidez a partir de 1 de mayo de 2020 en cuantía de \$1.117.461, sin embargo, ninguna de las entidades pensionales se ha pronunciado a quien le corresponde asumir definitivamente la pensión.

Por último, indicó que se le adeuda el retroactivo pensional de 25 de marzo de 2018 hasta el 31 de agosto de 2019 y del 1 de diciembre de 2019 al 31 de marzo de 2020, junto los intereses moratorios, igualmente que, el IBL y la tasa de reemplazo no se liquidó correctamente, y el 12 de noviembre de 2020, solicitó ante

Colpensiones entre otras cosas la ineficacia del traslado de régimen pensional y la misma fue negada el mismo día. (Doc. 03)

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES, en su pronunciamiento se opuso a 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, el demandante a la fecha cuenta con 54 años, es decir que, no cuenta la edad para tener derecho a una pensión de vejez y como quiera que, se trasladó del RPMPD al RAIS dicha afiliación tiene plena validez, por lo tanto, no es ella la competente para estudiar el reconocimiento de la pensión reclamada.

Por último, propuso las excepciones de mérito denominadas «*Inexistencia de la Obligación y Cobro de lo No Debido; Innominada; Buena Fe y; Prescripción.*» (Doc. 14)

Porvenir S.A., no contestó la demanda.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n° 290 de 12 de julio de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por **JAVIER ENRIQUEZ ASTUDILLO** del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, administrado por PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., si no lo ha realizado, **traslade** al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación del señor **JAVIER ENRIQUEZ ASTUDILLO** al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; y **retorne** de su propio peculio los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que acepte el traslado de **JAVIER ENRIQUEZ ASTUDILLO** al RPM, junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS.

CUARTO: DECLARAR que el señor **JAVIER ENRIQUEZ ASTUDILLO** quien actúa a través de su Guardadora **SANDRA LORENA ENRIQUEZ ASTUDILLO** tiene derecho a que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, reconozca la PENSIÓN DE INVALIDEZ, a partir del 25 de marzo de 2018, estableciendo el monto de la primera mesada pensional en la suma de \$1.076.552. Sobre 13 mesadas anuales. De conformidad con lo establecido en los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993 con la modificación del artículo 1 de la ley 860 de 2003.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la entidad demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**.

SEXTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** a reconocer y pagar al señor **JAVIER ENRIQUEZ ASTUDILLO** quien actúa a través de su Guardadora **SANDRA LORENA ENRIQUEZ ASTUDILLO** por concepto de retroactivo pensional la suma de **\$25.664.211**, liquidado entre el 25/3/2018 y el 31/8/2019; 1/12/2019 y 31/12/2019, y 1/1/2020 y el 30/4/2020.

SEPTIMO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** a reconocer y pagar al señor **JAVIER ENRIQUEZ ASTUDILLO** quien actúa a través de su Guardadora **SANDRA LORENA ENRIQUEZ ASTUDILLO** por concepto de diferencias pensionales generadas en septiembre, octubre y noviembre de 2019, la suma de **\$102.702**.

OCTAVO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** a reconocer y pagar al señor **JAVIER ENRIQUEZ ASTUDILLO** quien actúa a través de su Guardadora **SANDRA LORENA ENRIQUEZ ASTUDILLO** por concepto de diferencias pensionales generadas entre el 1/5/2020 y hasta el 30/6/2022, la suma de **\$1.017.982**. La mesada pensional deberá continuar pagándose a partir del 1 de julio de 2022 en la suma de \$1.237.167, en los términos previstos en esta providencia, sin perjuicio de los incrementos anuales.

NOVENO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** a reconocer y pagar al señor **JAVIER ENRIQUEZ ASTUDILLO** quien actúa a través de su Guardadora **SANDRA LORENA ENRIQUEZ ASTUDILLO** la INDEXACION de las mesadas pensionales reconocidas, al igual que las diferencias pensionales que se causaron, a partir de la fecha de su causación, y hasta la fecha que quede ejecutoriada la sentencia.

DECIMO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** a reconocer y pagar al señor **JAVIER ENRIQUEZ ASTUDILLO** quien actúa a través de su Guardadora **SANDRA LORENA ENRIQUEZ ASTUDILLO** los INTERESES MORATORIOS establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 a partir del día siguiente de quedar ejecutoriada la sentencia y hasta que se haga efectivo el pago.

DECIMO PRIMERO: Se autoriza a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** a descontar del valor arrojado por concepto de mesadas pensionales ordenados pagar al señor **JAVIER ENRIQUEZ ASTUDILLO** quien actúa a través de su Guardadora **SANDRA LORENA ENRIQUEZ ASTUDILLO** los respectivos aportes en salud conforme lo establece la ley 100 de 1993.

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 la 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 invalidez.

Respecto a la pensión de invalidez, hizo un recuento de las actuaciones administrativas por parte de Colpensiones, refiriendo que ésta a través de resolución SUB 102167 de 2019, reconoció una pensión de invalidez al señor Javier Enríquez Astudillo conforme a la Ley 860 de 2003, en cuantía de \$1.076.552 para el año 2019, no obstante, indicó que, la disputa radica en que Colpensiones manifestó que, no es la competente para reconocer el derecho pensional, toda vez que, el señor Enríquez después de estar afiliado al RAIS se trasladó al RPM afiliación o traslado que se hizo efectivo el 1 de junio de 2017 y como la fecha de estructuración de la PCL data de 12 de mayo de 2017, es a Porvenir S.A., a quien le corresponde asumir la prestación, ya que, el señor Javier para esa fecha se encontraba afiliado a ese fondo.

No obstante y a pesar de los argumentos del fondo público, el traslado de régimen efectuado por el afiliado en el año 1997 se declaró nulo, la consecuencia lógica de esa declaración, es retornar las cosas al estado original, es decir que, la competente para estudiar el derecho es Colpensiones y por ende los únicos requisitos que debe probar el afiliado son los establecidos en la Ley 860 de 2003, los que no se discuten por cuanto el señor Javier fue calificado con una PCL de 85.75% con fecha de estructuración 12 de mayo de 2017 y entre el 4 de junio de 1985 al 31 de agosto de 2019, alcanzó a cotizar 1533 semanas.

En cuanto a la fecha de efectividad del derecho, indicó que conforme al art. 3 del Decreto 917 de 1999, y 40 de la Ley 100 de 1993, la pensión de invalidez no puede reconocerse desde la fecha de estructuración de la invalidez, 12 de mayo de 2017, toda vez que, Colpensiones pagó hasta el 24 de marzo de 2018, subsidios por incapacidad temporal, en ese sentido, es a partir de 25 de marzo de 2018, que procede el reconocimiento del retroactivo pensional.

Para calcular el IBL de la pensión, utilizó las dos fórmulas establecidas en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, porque el señor Enríquez cotizó más de 1250; que el IBL promediado con toda la vida laboral arrojó \$1.816.898 que al aplicarle la tasa de reemplazo de 75% por haber cotizado un total de 1533 semanas le arrojó una mesada pensional de \$838.424 y, el IBL promediado con los últimos 10 años le arrojó un IBL de \$1.371.199 que al aplicarle una tasa de reemplazo de 75% dio una mesada pensional de \$1.028.399 para el año 2018; no obstante, indicó que al revisar la resolución SUB 102167 de 2019, observó que el IBL liquidado por Colpensiones otorgó \$1.435.403 al cual le aplicó una tasa de reemplazo de 75% para un total de mesada pensional de \$1.076.052, es decir superior a la liquidada por el Juzgado, concluyendo que la mesada pensional para el año 2018 es la liquidada por el fondo, ello en aras de no desmejorar las condiciones del señor Javier Enríquez.

Frente a la prescripción, señaló que no operó, toda vez que, entre la reclamación del derecho y la radicación de la demanda no transcurrió el término trienal de la prescripción.

Por lo anterior, manifestó que Colpensiones está adeudando a la parte actora la suma de \$25.664.211 por retroactivo desde 25 de marzo de 2018 y 31 de agosto de 2019 y del 1 de diciembre de 2019 y 31 de diciembre de 2019, dado que por medio de resolución SUB

226897 de 21 de agosto de 2019 Colpensiones ordenó el pago de los meses de septiembre, octubre y noviembre 2019 y de 1º enero de 2020 al 30 de abril de 2020, por cuanto la demandada en cumplimiento de una sentencia de tutela profirió el acto administrativo SUB 97080 de 23 de abril de 2020, mediante la cual ordenó incluirlo en nómina a partir de 1 de mayo de 2020.

Igualmente, ordenó el pago de diferencias pensionales a favor del señor Enríquez, las cuales, se han generado en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2019, debido a que Colpensiones reconoció y pagó la mesada pensional sobre el valor de \$1.076.552, cuando en realidad la mesada correspondía a \$1.110.786, por este concepto está adeudando la suma de \$102.702, del mismo modo se liquidó las diferencias pensionales generadas entre el 1 de mayo de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2022, teniendo en cuenta que la entidad reactivó el pago de la mesada pensional dando cumplimiento a una orden judicial a partir del 1 de mayo de 2020, en cuantía de \$1.017.461 cuando la mesada calculada por el despacho arrojó para ese año la suma de \$1.152.996, en consecuencia, se está adeudando la suma de \$1.017.982; y que la mesada pensional que debe continuar cancelando Colpensiones para el 1 de julio de 2022 es \$1.237.167.

Respecto de los intereses moratorios, consideró que, no son procedentes toda vez que, no se le puede imponer una consecuencia sancionatoria cuando la negativa del reconocimiento se dio en estricto cumplimiento de la ley, pues no se puede desconocer que el reconocimiento de la pensión es la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó el señor Javier al RAIS que efectuó el Juzgado mediante antecedentes jurisprudencial, por lo tanto, le asiste el derecho al señor Javier mediante guardadora a percibir la indexación sobre las mesadas pensionales a partir de su

fecha de causación y hasta que quede ejecutoriada la sentencia y a partir del día siguiente de la ejecutoria ordenó el pago de intereses moratorios.

Respecto de los perjuicios moratorios indicó que, estos están previstos para los procesos ejecutivos en tratándose de obligaciones de hacer una vez la obligación sea exigible, no para los procesos ordinarios como es el caso. (Doc. 24, min. 20:45 a 50:00)

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La **DEMANDANTE**, manifestó su inconformidad parcial frente a la negación de los intereses moratorios desde la fecha en que se reclamó el derecho, toda vez que, adujo que el señor Javier al momento de solicitar la pensión se encontraba afiliado a Colpensiones y ésta la negó con el argumento que no era el competente sino Porvenir S.A., ya que para la fecha de la estructuración de la PCL el señor Enríquez se encontraba afiliado al RAIS, argumentos que no comparte, toda vez que, si bien para la fecha en que se declaró la PCL, 12 de mayo de 2017, el señor Enríquez se encontraba afiliado a Porvenir, no es menos cierto que, para la fecha en que se notificó dicho dictamen año 2018 se encontraba afiliado a Colpensiones, por lo que, es esta última quien tenía el deber de reconocer el derecho pensional, es decir que, la negación no fue propiamente por el traslado de régimen.

Respecto a la liquidación efectuada por la a-quo, indicó que, la realizada por ellos es superior a ésta respecto al IBL y la tasa de reemplazo aplicada. (Doc. 24, min. 53:00 a 1:00:25)

Colpensiones apeló la sentencia, y enfocó su recurso en que la

afiliación del señor Enríquez al RAIS es legalmente válida, toda vez que, éste se afilió de manera voluntaria a ese régimen, por tal razón, es esa AFP quien debe reconocer y pagar la pensión de invalidez solicitada. (Doc. 24, min. 1:02:10 a 1:05:15)

Porvenir S.A., apeló la decisión, con el argumento que la parte demandante no probó los vicios de consentimiento que aludió en su demanda y por ello debió despacharse de manera negativa todas las pretensiones; así mismo, indicó que, el señor Javier no usó su derecho al retracto, ni mostró su deseo de regresar al RPMPD.

Por lo anterior, solicitó que, en el evento de una condena, se compensen los rendimientos que se hayan generado en favor del señor Javier con los gastos de administración, teniendo en cuenta, que estos fueron ajustados a la ley y la constitución y solicitó también la exoneración de la condena en costas (Doc. 24, min. 1:05:29 a 1:08:07)

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° 388 del 18 de agosto de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte demandante, Colpensiones y porvenir, como se advierte en los archivos 06, 07 y 08 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 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 al señor Javier Enríquez Astudillo 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 señor Enríquez acreditó los requisitos para acceder a la pensión de invalidez 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 el señor Javier Enríquez Astudillo nació el 12 de junio de 1967. (Doc. 04, fl. 3).
- ii)** Que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones, entidad a la que realizó aportes hasta el octubre de 1997, fecha en que decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. (Doc. 04, fl. 7).

- iii)** Que el 24 de abril de 2017, el señor Enríquez solicitó el traslado al RPMPD y, este fue aceptado el 29 de abril de 2017. (Doc. 4, fls. 8 y 9)
- iv)** Que mediante dictamen de PCL expedido por Colpensiones el 3 de abril de 2018, se le asignó al señor Javier una invalidez de 82,75%, con fecha de estructuración 12 de mayo de 2017 de origen común. (Doc. 04, fls. 142 a 146)
- v)** Que Colpensiones reconoció y pagó subsidio de incapacidades al señor Enríquez desde 8 de noviembre de 2017 hasta el 24 de marzo de 2018. (Doc. 04, s. 154 a 157)
- vi)** Que mediante sentencia 265 de 12 de diciembre de 2018, el Juzgado Primero de Familia de Cali, declaró en interdicción judicial indefinida al señor Javier Enríquez Astudillo y nombró curadora a su hermana Sandra Lorena Enríquez Astudillo. (Doc. 04, fls. 131 a 140)
- vii)** Que el 15 de enero de 2019, la señora Sandra Lorena en representación de su hermano solicitó pensión de invalidez ante Colpensiones y mediante resolución SUB 102167 de 29 de abril de 2019, reconoció la pensión de invalidez al señor Javier Enríquez, por cumplir con los requisitos de semanas e invalidez, liquidó la mesada pensional con un IBL de \$1.435.403 le aplicó una tasa de reemplazo de 75%, y le arrojó una mesada pensional de \$1.076.552, con una fecha de efectividad 25 de marzo de 2018, no obstante, Colpensiones dejó en suspenso la efectividad de la pensión hasta que la curadora allegara los documentos que la certifican como tal. (Doc. 04, fls. 147 a 153)
- viii)** La señora Sandra inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de reposición y Colpensiones emitió APSUB 2572 de 12 de julio de 2019, en donde ordenó requerir a la señora Sandra Enríquez para que allegara autorización para revocar dicha resolución, toda vez que, al revisar el dictamen

de PCL del afiliado evidenciaron que para la fecha de estructuración, 12 de mayo de 2017, se encontraba afiliado a Porvenir S.A., y que ésta se hizo efectiva a partir de 1 de junio de 2017, por lo tanto, manifestaron que no eran los competentes para estudiar la pensión. (Doc. 04, fls. 160 a 165)

- ix)** Seguidamente por resolución SUB 226877 de 21 de agosto de 2019, Colpensiones ordenó el ingreso en nómina de la pensión de invalidez a favor del señor Enríquez, calculando la mesada pensional con un IBL al 1 de septiembre de 2019 de \$1.336.501 tasa de reemplazo de 75% valor pensión mensual de \$1.076.552. (Doc. 04, fls. 167 a 179)
- x)** Simultáneamente a la anterior resolución, Colpensiones expidió resolución APSUB 2927 de 23 de agosto de 2019, volvió a requerir a la señora Sandra Lorena para que allegara autorización para revocar la resolución SUB 102167 de 29 de abril de 2019, mediante la cual se reconoció la pensión de invalidez y la resolución SUB 226877 de 21 de agosto de 2019, que ordenó incluir en nómina de pensionados al señor Enríquez, con el mismo argumento que no tienen competencia para reconocer el derecho, sino Porvenir S.A. (Doc. 04, fls. 182 a 188).
- xi)** El 28 de octubre de 2019, por resolución SUB 298083, Colpensiones resolvió revocar las resoluciones SUB 102167 de 29 de abril de 2019 y SUB 226877 de 21 de agosto de 2019. (Doc. 04, fls. 189 a 193); inconforme con la decisión, la señora Enríquez radicó recurso de reposición y este fue resuelto y confirmado por resolución DPE 1160 de 22 de enero de 2020. (Doc. 04, fls. 195 a 199) y por resolución SUB 38843 de 11 de febrero de 2020, ordenó a la señora Sandra Lorena en representación de su hermano reintegrar los valores pagados por concepto de mesadas pensionales de los

periodos de 1º de septiembre de 2019 a 30 de noviembre de 2019, por la suma de \$3.918.608. (Doc. 04, fls. 201 a 210)

- xii)** Que la señora Sandra Lorena en representación de su hermano Javier radicó acción de tutela contra Colpensiones y Porvenir S.A., solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de su hermano, la que fue conocida por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali, quien emitió sentencia nº 076 de 20 de marzo de 2020, en donde resolvió tutelar el mínimo vital del señor Javier representado por su hermana Sandra Lorena y en consecuencia, ordenó a Colpensiones reactivar el pago de la pensión de invalidez que le había reconocido al señor Javier Enríquez hasta que Porvenir S.A., se pronunciara de fondo sobre si le compete o no el reconocimiento de la pensión. (Doc. 04, fls. 263 a 276); decisión que fue impugnada, por lo que el Tribunal Superior de Cali a través de sentencia de 1 de junio de 2020, confirmó el fallo de primera instancia y previno a las accionadas de imponer cargas adicionales al beneficiario de la pensión y continuar pagando las prestaciones tanto de salud como de pensión. (Doc. 04, fls. 292 a 310)
- xiii)** Por lo anterior, Colpensiones profirió resolución SUB 97080 de 23 de abril de 2020, y ordenó el pago de la pensión de invalidez a favor del señor Enríquez a partir de 1 de mayo de 2020 pagadera el 1 de junio de 2020, con IBL de \$1.336.501, tasa de reemplazo 75% arrojando una mesada pensional \$1.117.461 (Doc. 04, fls. 314 a 325)
- xiv)** Por último, el 11 de noviembre de 2020, la señora Sandra Lorena solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado efectuado al RAIS y el 12 de noviembre de 2020, Colpensiones lo negó. (Doc. 04, fls. 339 a 355)

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 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 pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto

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

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 el señor Astudillo 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.

En este punto, es de anotar que Porvenir S.A., no contestó la demanda ni aportó prueba alguna que denote que haya dado información al afiliado 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.

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.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el demandante llevaba afiliado 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 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 2° 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 del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en

perjuicio de Colpensiones, quien al recibir al actor tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe 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 Colpensiones².

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 peculio³.

² Corte Suprema de Justicia, sentencias SL 37989, SL 4964 y SL4989 de 2018, SL1421 y SL1688 de 2019.

³ Corte Suprema de Justicia, sentencias SL1421 y SL1688 de 2019, y SL638 de 2020

Entonces, la orden de devolución de recursos está incompleta, en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, por cuanto esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD, por lo que habrá de modificarse el literal 2º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., a devolver además los gastos de administración, los cuales, al igual que las comisiones y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima 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 Colpensiones⁴, conforme lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia como la SL 4609 de 2021.

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.

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

ii) De la pensión de invalidez

Sobre esta prestación, es de advertir que, no se encuentra en discusión que el señor Javier Enríquez Astudillo cumple con los requisitos que establece el 1º de la Ley 860 de 2003 que modificó el art. 39 de la Ley 100 de 1993, esto es, ser invalido y acreditar 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, 12 de mayo de 2017.

Sobre el reconocimiento de la prestación, existe unas situaciones particulares por parte de Colpensiones, ya que, ésta entidad en el año 2019 le reconoció al señor Enríquez la pensión de invalidez a partir de 25 de marzo de 2018, fecha en la que se pagó la última incapacidad al afiliado, con un monto de \$1.076.552, empero,

revocó dicha decisión por resolución SUB 298083 de 28 de octubre de 2019, con el argumento que no era la competente para reconocerla porque para la fecha de estructuración de la PCL del señor Javier se dio cuando éste se encontraba afiliado al RAIS.

Sobre este tópico, basta decir que, como la presente demanda fue radicada para que las cosas vuelvan a su estado natural por declarar la nulidad o la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, esta excusa queda sin piso jurídico, toda vez que, la afiliación o traslado realizado en el año 1997 por parte del afiliado invalido dejó de existir y en consecuencia la afiliación inicial al ISS hoy Colpensiones no dejó de existir, es decir, el señor Enríquez siempre estuvo en el RPMPD.

Así las cosas, el paso a seguir es liquidar la pensión de invalidez, al respecto tenemos que el art. 21 de la Ley 100 de 1993, establece:

«ARTÍCULO 21. *Ingreso Base de Liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta Ley, 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.*

Quando 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.»

Al respecto, el señor Javier Enríquez puede optar por ambos sistemas, habida consideración que, al revisarle la historia laboral se encontró que cotizó un total de 1665,29 semanas, desde el 4 de junio de 1985 hasta el 30 septiembre de 2019, según historia laboral expedida por Colpensiones (Doc. 04, fls. 10 a 25)

Bajo este derrotero, una vez realizadas las operaciones el IBL con el promedio de lo devengado por el afiliado en toda su vida arrojó un total de \$1.146.320,59, que al aplicarle la tasa de reemplazo de 75% le da una mesada pensional de \$859.740,44, y con el promedio de los últimos 10 años le arrojó un IBL de \$1.418.534,50 y al aplicar la tasa de reemplazo da una mesada pensional de **\$1.063.900,88**, para el año 2018, en este punto, ha de indicar que tanto Colpensiones como la a-quo concluyeron que la fecha de efectividad del derecho es el 25 de marzo de 2018, intelección que comparte la Sala ya que reposa prueba que Colpensiones pagó subsidios de incapacidad desde 8 de noviembre de 2017 hasta el 24 de marzo de 2018. (Doc. 04, fls. 154 a 157)

Ahora bien, al comparar la mesada pensional liquidada por esta Corporación se evidencia que es inferior a la reconocida por Colpensiones en la resolución SUB 102167 de 29 de abril de 2019, **\$1.076.552**, en ese sentido se dejará ésta como mesada pensional para el año 2018.

Respecto el retroactivo pensional, se hace necesario indicar que no operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas pensionales, toda vez que, la fecha de estructuración data de 12 de mayo de 2017, y la misma fue notificada el 3 de abril de 2018, la solicitud de la pensión de invalidez se radicó el 15 de enero de 2019 y la demanda se elevó

el 14 de diciembre de 2020, como se puede observar, no transcurrió los 3 años que trata la norma.

Al entrar a liquidar el retroactivo pensional se debe aclarar que Colpensiones a través de la resolución SUB 102167 de 29 de abril de 2019, reconoció la pensión de invalidez al señor Javier a partir de 25 de marzo de 2018, en una cuantía para esa fecha de \$1.076.552, pero la dejó en suspenso y por resolución SUB 226877 de 21 de agosto de 2019, ingresó a nómina de pensionados al mentado señor a partir de 1 de septiembre de 2019 en cuantía de \$1.076.552, (suma igual a la reconocida en el año 2018) pagos que se realizaron hasta el mes de noviembre de 2019, según resolución SUB 38843 de 11 de febrero de 2020, mediante la cual, ordenó a la señora Sandra Lorena en representación de su hermano devolver las mesadas pensionales de septiembre, octubre y noviembre de 2019, con motivo a la revocatoria de la resolución que reconoció la pensión y que incluyó en nómina de pensionados al afiliado. (Doc. 4, fls. 147 a 210)

Igualmente, se debe tener en cuenta que la demandada Colpensiones debido a una orden de tutela emitió la resolución SUG 97080 de 23 de abril de 2020, reintegró y ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada a partir de 1º de mayo de 2020 con una cuantía de \$1.117.461, mesada inferior a la aquí reconocida, por lo que se deberá, calcular las diferencias entre lo pagado y lo que realmente debió pagarse.

Entonces, de las mesadas adeudadas se tiene que Colpensiones adeuda la suma de **\$27.575.882,24**, desde el 25 de marzo de 2018 hasta el 31 de agosto de 2019 y de 1 de diciembre de 2019 hasta el 30 de abril de 2020.

De las diferencias pensionales pagadas por Colpensiones para los meses septiembre, octubre y noviembre de 2019, con una cuantía de \$1.076.552, cuando en realidad la mesada pensional para el año 2019 era de \$1.110.786,35, la enjuiciada adeuda **\$102.703,06**.

Y, de las diferencias pensionales pagadas por Colpensiones desde el 1 de mayo 2020 hasta el 30 de junio de 2022, con una cuantía de \$1.117.461, cuando la mesada para el año 2020 ascendía a \$1.152.996,24, Colpensiones adeuda la suma de **\$1.030.521,82**, advirtiéndole que la mesada pensional para el año 2022 es de **\$1.237.401,12**, y que del retroactivo se autoriza a Colpensiones que descuente el porcentaje correspondiente a los aportes a salud.

De los intereses moratorios que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 607 de 2021, reiteró que en el desarrollo jurisprudencial se ha puntualizado una serie de circunstancias en las que se exceptúa el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dado a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en SL4103-2019 y 1346 de 2020).

Sobre este aspecto, la parte actora se duele que la a-quo no accedió a esta pretensión desde la reclamación del derecho, sino, desde el día siguiente de la ejecutoria de la sentencia, situación que no comparte, toda vez que, aduce que la negativa de Colpensiones obedeció a una supuesta falta de competencia porque a la fecha de la estructuración de la PCL del señor Enríquez se encontraba afiliado al RAIS y no al RPMPD, es decir que, no obedeció al traslado de régimen pensional.

Al respecto, es preciso indicar que la presente demanda ordinaria laboral se propuso con el fin que se declarara la nulidad del traslado efectuado por el afiliado en el año 1997 por falta de información y en consecuencia, se declarara que siempre estuvo afiliado a Colpensiones, situación que se conoció y se resolvió en primera y segunda instancia, por ese motivo las razones expuestas por la recurrente no son de recibo, ya que si bien Colpensiones a la hora de estudiar el derecho pensional, consideró que no era el competente, fue precisamente por el traslado que realizó el señor Javier en el año 1997, y que motivó a la actora a solicitar la nulidad de dicho traslado.

Ahora bien, de no haberse solicitado la nulidad del traslado en este proceso, sino que, se declarara que Colpensiones era la competente para estudiar y reconocer la pensión de invalidez solicitada el 15 de enero de 2019, la controversia giraría en torno a otro problema jurídico y no a la nulidad de traslado; sumado a que se recuerda que la responsable de reconocer la pensión de invalidez será la entidad pensional en la que estaba afiliado la persona para el momento en que se estructuró su PCL, por ese motivo, la negativa de Colpensiones en ese momento fue emitida con apego a la jurisprudencia y la ley.

Por lo que, para esta Sala los argumentos de la demandante no son de recibo y la decisión de la a-quo será modificada, toda vez que, al ser exonerado el fondo de este concepto, no es dable, que lo reconozca desde el día siguiente de la ejecutoria de la sentencia, lo que sí es procedente es la aplicación de la indexación del retroactivo pensional \$27.575.882,24, desde el 1 de mayo de 2020 y hasta que se pague la obligación y de las diferencias pensionales \$1.030.521,82, desde el 1 de julio de 2022 y hasta que se cancele la obligación.

Por último y frente a los perjuicios moratorios que trata el art. 426 del CGP, tal y como lo expreso la a-quo, esta norma procede en los procesos ejecutivos, cuando ya hiciste una orden de dar o de hacer, por lo que, su aplicación en esta instancia no es viable.

En consecuencia, se modificará el literal 2º de la sentencia como se indicó en la parte considerativa de la sentencia, así mismo, se modificará los literales 6º, 7º, 8º, 9º y 10 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 costas para la parte actora, toda vez que, la liquidación efectuada por el Juzgado de origen fue modificada por este Tribunal en favor de la recurrente, en ese sentido, su recurso salió avante parcialmente y por ende no hay lugar a costas.

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 los literales 2º, 6º, 7º, 8º y 9º y **REVOCAR** el literal 10º de la sentencia nº 290 de 12 de julio de 2022, emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, los cuales quedarán:

- **SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A.,** si no lo ha realizado, traslade al Régimen de Prima Media administrado por **COLPENSIONES**, la totalidad de dineros

recibidos con motivo de la afiliación del señor **JAVIER ENRIQUEZ ASTUDILLO** al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; y retorne de su propio peculio los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración; respecto de los gastos de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, deberán ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada con cargo a su propio peculio.

- **SEXTO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** a reconocer y pagar al señor **JAVIER ENRIQUEZ ASTUDILLO** quien actúa a través de su Guardadora **SANDRA LORENA ENRIQUEZ ASTUDILLO** por concepto de retroactivo pensional la suma de **\$27.575.882,24**, liquidado entre el 25/3/2018 y el 31/8/2019 y; del 1/12/2019 y el 30/4/2020.
- **SÉPTIMO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** a reconocer y pagar al señor **JAVIER ENRÍQUEZ ASTUDILLO** quien actúa a través de su Guardadora **SANDRA LORENA ENRÍQUEZ ASTUDILLO** por concepto de diferencias pensionales generadas en septiembre, octubre y noviembre de 2019, la suma de **\$102.703,06**.
- **OCTAVO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** a reconocer y pagar al señor **JAVIER ENRÍQUEZ ASTUDILLO** quien actúa a través de su Guardadora

SANDRA LORENA ENRÍQUEZ ASTUDILLO por concepto de diferencias pensionales generadas entre el 1/5/2020 y hasta el 30/6/2022, la suma de **\$1.030.521,82**. La mesada pensional deberá continuar pagándose a partir del 1 de julio de 2022 en la suma de **\$1.237.401,12**, en los términos previstos en esta providencia, sin perjuicio de los incrementos anuales.

- **NOVENO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** a reconocer y pagar al señor **JAVIER ENRÍQUEZ ASTUDILLO** quien actúa a través de su Guardadora **SANDRA LORENA ENRÍQUEZ ASTUDILLO** a la **INDEXACIÓN** del retroactivo pensional \$27.575.882,24, desde el 1 de mayo de 2020 y hasta que se pague la obligación y de las diferencias pensionales \$1.030.521,82, desde el 1 de julio de 2022 y hasta que se pague la obligación.

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
Acto Judicial



Call-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
Acto Judicial



Call-Valle

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
SALVO VOTO PARCIAL



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

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

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

Firma digitalizada para
acceso judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

Magistrado