



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

SENTENCIA 143

Aprobado mediante Acta del 5 de mayo de 2023

Proceso	Ordinario
Radicado	76001310500720210061901
Demandante	Dolly Ocampo Yusty
Demandada	Colpensiones, Porvenir SA y Protección SA
Asunto	Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, y pensión de vejez
Decisión	Modifica, adiciona y confirma
Magistrado Ponente	Álvaro Muñoz Afanador

En Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, el día 31 de mayo de dos mil veintitrés (2023), la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ÁLVARO MUÑIZ AFANADOR, quien actúa como ponente, ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ Y JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA; obrando de conformidad con la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del CPTSS, adopta la decisión con el fin de dictar sentencia dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, que se traduce en los siguientes términos:

AUTO

En atención al memorial poder allegado al expediente, se reconoce personería adjetiva a la abogada Diana Marcela Bejarano Rengifo quien se identifica con T.P. 315.617 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en representación de Porvenir.

1. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado que efectuó en el año 2001, de régimen de prima media con prestación definida, RPMPD, administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, administrado por Horizontes hoy Porvenir SA, en consecuencia, se ordene a Protección SA, devolver todos los aportes y/o valores integrales que hubieran recibido con motivo de su la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, seguros de invalidez y muerte, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, el saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados de historia laboral actualizada, además se ordene a Colpensiones, tenerla como afiliada en el RPMPD, sin solución de continuidad, y validar los aportes pensionales realizados en el RAIS. Adicional, pretende se condene a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 28 de septiembre de 2021, y con fundamento en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, así como el pago de los intereses moratorios o en subsidio la indexación. Finalmente, solicita imponer multa a Porvenir SA y a Protección en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el literal b del artículo 13 ibídem, las costas del proceso y los intereses legales sobre estas.

Como hechos relevantes expuso que, nació el 28 de septiembre de 1964, que cotizó en el RPMPD desde el 14 de febrero de 1984 hasta mayo de 2001, fecha en que se trasladó al RAIS, por una indebida asesoría de parte de BBVA Horizonte hoy Porvenir SA, que en el año 2008 se trasladó a Protección SA, y reúne 1787,85 semanas en toda la vida laboral. Informó que en septiembre de 2021 solicitó a Porvenir SA y a Protección SA la ineficacia del traslado, misma petición que radicó ante Colpensiones en noviembre del mismo año, así como del reconocimiento de la pensión de vejez.

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que con los documentos aportados con la demanda no se logra si quiera inferir la nulidad de la afiliación, ni el error o vicio alguno del consentimiento. Propuso las excepciones que denominó: ausencia de legitimación en la causa por pasiva por ausencia de vínculo entre el actor y Colpensiones, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia del derecho, la innominada, prescripción, y buena fe.

En similares términos, la demandada Porvenir SA se opuso a la pretendido aduciendo que al encontrarse válidamente afiliada en el RAIS, sin que logre demostrar la demandante la causal de nulidad y/o ineficacia que invalide lo actuado, no hay lugar a decretarse la misma. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

A su vez, la demandada Protección SA, también se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que el traslado cumplió con todos los requisitos legales y por ende la selección del régimen, la realizó la demandante de forma libre, espontánea y sin presiones. Propuso las excepciones de validez de la afiliación de la actora a protección, ratificación de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, prescripción, compensación, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, buena fe de la entidad demandada administradora de fondos de pensiones y cesantía protección s.a., innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Séptimo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia No. 42 del 1° de marzo de 2022, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por la señora DOLLY OCAMPO YUSTI identificada con la CC. No. 31.168.629 al fondo HORIZONTE hoy PORVENIR SA y su posterior traslado de PORVENIR a ING hoy PROTECCION. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales, que la actora nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

TERCERO: Como secuela obligada de la anterior determinación, la demandante deberá ser admitida nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo, tal y como fue manifestado en la parte considerativa.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCION SA, a devolver, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con el porcentaje de gastos de administración previstos en el art. 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora DOLLY OCAMPO YUSTI identificada con la CC. No. 31.168.629, la pensión de vejez, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 17 de noviembre de 2021 en cuantía inicial de \$5.142.666, con los incrementos anuales de ley y mesada adicional de diciembre, las sumas que se causen deberán ser indexadas al momento de su pago.

Así mismo se autoriza a COLPENSIONES a efectuar el descuento correspondiente con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, salvo mesada adicional.

SEXTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de 4 SMLMV para cada una. Líquidense por Secretaría.

SEPTIMO: COSTAS a cargo de PROTECCION S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Líquidense por Secretaría.

OCTAVO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV. Líquidense por Secretaría.

NOVENO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada

Para lo que interesa al conocimiento de esta corporación, el juez fundamentó la decisión en resumen en que, la demandante no recibió una debida asesoría de las consecuencias del traslado de régimen por parte de las administradoras del fondo de pensiones privado al momento de efectuarse el mismo, situación que les correspondía desvirtuar, sin embargo, ello no ocurrió.

Adicional, estudió la prestación por vejez con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, y señaló que la demandante causó la pensión el 28 de septiembre de 2021, cuando cumplió los 57 años, pues ya contaba con las 1300 semanas cotizadas, precisó que la última cotización se efectuó en diciembre de 2021 y completó 1798 semanas en toda la vida laboral, lo que le da derecho a la tasa de reemplazo de 76,82%; explicó que el IBL más favorable resulta del promedio de lo cotizado en los últimos diez años, con el cual se obtiene la mesada para el año 2021 de \$5.142.666, determinó que la

prestación se debe reconocer a partir del momento en que se solicitó, esto es, 17 de noviembre de 2021.

Respecto de los intereses moratorios, citó la sentencia SL1688-2019, y señaló que no proceden porque el reconocimiento de la pensión surge como consecuencia de la presente sentencia, sin embargo, encontró procedente la indexación.

3. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandante señaló en resumen que, el valor de la pensión determinado por el juez, no corresponde, precisó que si bien, el monto calculado en primera instancia se acerca al monto que se presentó en la demanda, solicita se revise el mismo, y en caso de encontrar uno más favorable, se reconozca la misma, en particular aplicar la tasa de reemplazo del 80% sobre el IBL que resulte más favorable. Respecto de la fecha de reconocimiento de la pensión, señaló que el 17 de noviembre de 2021, es posterior a la fecha de causación del derecho, explicó que la demandante no pudo disfrutar del derecho desde antes, en consideración a que le tocó adelantar el presente trámite y por ende, no puede cargar con el peso del trámite del cambio de régimen y del proceso judicial. Añadió que la falta de información al momento de traslado de régimen no solo recae en el RAIS, sino también en la administradora del RPMPD, entidad que al advertir un traslado masivo no realizó ninguna diligencia para retener a los afiliados, por ende, debe condenarse al pago de los intereses moratorios, en virtud del resarcimiento que debe tener la demandada con la demandante, al no poder recibir la pensión en su momento oportuno. Señaló que no está aplicando la multa que estableció el legislador, ante la falta de información, como se solicitó en la demanda.

Por su parte, la apoderada judicial de Colpensiones señaló que la demandante no cumple con la edad establecida en la norma para realizar el traslado, o que se declare la nulidad de la afiliación, en tanto, cuenta con más de 47 años. Preciso que la demandante se encontró satisfecha con la permanencia en el RAIS durante más de 20 años, y gozó de los beneficios percibidos en ese régimen. Solicitó que en caso de proceder la nulidad de la afiliación, se absuelva de la pensión de vejez, o condicionar hasta tanto los administradores trasladen la totalidad de los rendimientos y aportes de la cuenta

de ahorro individual de la demandante, en tanto es indispensable contar con los recursos para ello. Solicitó se absuelva de la condena en costas, en tanto le resultaba imposible efectuar el reconocimiento de la pensión, cuando la demandante no se encontraba afiliada a esa administradora.

A su vez, la apoderada judicial de Protección SA, manifestó en resumen, desacuerdo con la orden de devolución de los gastos de administración, en tanto, se cobra por administrar los aportes que ingresan a la cuenta del afiliado, pero de allí se descuenta el 3% para cubrir los gastos de administración y el seguro previsional conforme el art. 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003; detalló que los aportes que se administran se realiza de una forma diligente, de allí los rendimientos generados.

Por su parte, la apoderada judicial de Porvenir SA señaló que desde el año 2008, que la demandante se trasladó a ING hoy Protección, fueron entregados los valores de cotizaciones, bonos pensionales, y rendimientos, por lo que no es procedente ordenar devolver dineros que ya no están en poder de esa administradora. Preciso que la demandante suscribió de forma libre y voluntaria el formulario de afiliación, además de realizar múltiples actuaciones con las cuales ratificó su voluntad de permanecer en ese régimen, por lo que no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación; añadió que por la profesión de abogada que ostenta la demandante, hace que ella tenga más conocimiento de la normativa que regula el Sistema de Seguridad Social, por lo que no es válido el argumento de que, no conoce las consecuencias del traslado que realizó. Preciso que se debe determinar si operó el fenómeno jurídico de la prescripción. Respecto de las sumas adicionales de la aseguradora, señaló que tampoco procede la devolución, en tanto, estas se materializan cuando se causa el siniestro, es decir, pensión de invalidez o sobrevivientes, y que, de hacerse constituiría un enriquecimiento sin causa para Colpensiones. Preciso que las sumas de lo correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima se encuentran extintas, por lo que solicita se revoquen las condenas impuestas.

4. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

La competencia de esta corporación está dada por los recursos interpuestos y, el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral Sentencia de unificación en sede de Tutela Rad.

40.200 de fecha 9 de junio de 2015, el colegiado de segundo grado tiene el deber de revisar, sin límites, la totalidad de las decisiones que fueren adversas a la Nación, a las entidades territoriales y descentralizadas en las que aquella sea garante, en la que hizo el análisis del artículo 69 del C.P.T.S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este despacho judicial, a través de auto, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Estando dentro de la oportunidad procesal, la parte demandada Porvenir y el demandante presentaron escrito de alegatos. Por su lado, las demás partes no presentaron los mismos, dentro del término concedido, tal como se observa en el expediente.

Es así, que se tienen atendidos los alegatos de conclusión presentados en esta instancia.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala determinará i) si procede la declaratoria de ineficacia del traslado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Porvenir SA; en caso afirmativo, ii) si Porvenir SA debe trasladar a Colpensiones lo correspondientes a los gastos de administración, el porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las sumas adicionales de las aseguradoras; iii) si procede la imposición de la multa de que trata el art. 271 de la Ley 100 de 1993; iv) si operó el fenómeno jurídico de la prescripción; v) si es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez en favor de la demandante, en caso positivo, establecer la fecha de causación, disfrute y cuantía de la prestación; vi) si es viable imponer condena por intereses moratorios y vii) si procede la condena de costas impuesta a Colpensiones.

1. Traslado de régimen

Sea lo primero precisar que, en principio se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en lo relativo a la ineficacia

de la afiliación, y con los argumentos que se expondrán se resolverá a su vez, los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y las demandadas, en ese aspecto.

Así las cosas, la Sala ha de realizar el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, precedente en el que esa Corporación redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados.

La Corporación de cierre redefinió la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor¹ o del consumidor financiero". (Subrayas fuera de texto original).

Ahora bien, en cuanto a los aspectos fundamentales para tener en cuenta en el análisis jurídico del caso, se tiene que, frente al traslado de régimen, el

artículo 13 de la Ley 100 de 1993 enuncia: *«Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el Gobierno Nacional»*. Dicho aparte fue modificado por el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para establecer que procede el traslado una vez cada cinco años, y que, cuando faltaren diez años o menos para cumplir la edad que le otorga el derecho a la pensión, no era posible realizar esto, si el traslado se produce a partir del año 2004.

En el caso particular de la demandante, se observa que, para la anualidad de traslado del ISS a Porvenir SA, hizo la afiliación de forma correcta y dentro de los límites temporales establecidos por la norma vigente para esa calenda –tres años– es decir que su traslado, por el aspecto temporal, no genera ineficacia alguna, sin embargo, procede esta Sala a verificar si se encuentra viciado ese acto, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo.

En referencia a este deber, dijo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1688-2019:

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

[...]

Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

En cuanto a las notas esenciales del deber de información, dijo la misma Corporación:

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio

de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo. (Subrayas y negrillas propias).

Así mismo, y frente al alcance del deber de asesoría y buen consejo, expresó:

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

La parte demandante alega que Porvenir SA omitió el deber profesional y legal que le asistía de brindar información clara, completa, suficiente y detallada

sobre las consecuencias de traslado de régimen, pues no se demostró tal supuesto; la Sala determinará si ello es cierto.

Al respecto se advierte que la demandante suscribió formato de «*SOLICITUD DE VINCULACIÓN*» en el año 2001 con BBVA Horizontes Pensiones y Cesantías hoy Porvenir SA, documento del cual se corrobora en principio la manifestación de voluntad de pertenecer a ese régimen, tal como lo preceptúa el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, no resulta admisible sostener que la debida asesoría se encuentra garantizada, ni se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación, en el cual se deja expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones, aspecto que ha sido ampliamente decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo señaló en sentencias SL 1688-2019 y SL 4426-2019.

Ahora bien, se observa que la demandante se trasladó inicialmente de régimen, y luego hizo un cambio o traslado entre administradoras del mismo Régimen de Ahorro Individual, por lo cual, al estar viciado el primer traslado al RAIS, no tienen validez los actos que de él se deriven. Al respecto la CSJ en sentencia SL 31989, del 9 sep. 2008, señaló:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Y ello es así, porque el deber de asesoría e información frente a la afiliación recaía en cabeza de BBVA Horizontes hoy Porvenir S.A., y como quiera que en este proceso se está discutiendo la validez del traslado de régimen, y no del cambio de administradora dentro del régimen de Ahorro, no es dable entrar a realizar un mayor análisis frente a las actuaciones de Protección SA, pues frente a éstas no se debe establecer la existencia de la omisión en el deber de información, dado que, no fueron estas administradoras las que asistieron a la demandante al momento de realizar el cambio de régimen pensional, por cuanto se reitera, la validez del traslado de régimen, no se convalida con un cambio de

administradora, y en esa medida, estas últimas solo tendrían la obligación ante una afiliación deficitaria de trasladar los aportes del RAIS al RPMPD.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia ya citada, es claro que, para la fecha del traslado de la demandante, las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados información en los términos ya señalados, situación que no fue acreditada dentro del plenario.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, en lo atinente a la carga de la prueba, resulta apenas lógico que, una vez el afiliado manifiesta no haber recibido la información debida al momento de la afiliación, es a la AFP a quien le corresponde acreditar lo contrario, en esos términos lo afirmó la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1688-2019, ya enunciada.

Conforme a lo expuesto, tampoco existe una constancia que se haya entregado el Plan de Pensiones ni el Reglamento de Funcionamiento de Protección SA, mismo que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS; mucho menos reposa en el expediente la comunicación por escrito de la AFP, dirigida a la demandante, en la que se le advierte de la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3° del Decreto 1661 de 1994 recae en la entidad.

Los anteriores supuestos, en conjunto con las documentales arrimadas al plenario, corroboran el hecho que el traslado de la demandante al RAIS, deviene ineficaz, dado el incumplimiento al deber de información por parte del fondo demandado, tal como se desprende de todo el análisis realizado por la Sala, por ende, resulta acertada la decisión de primer grado atinente con declarar la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante, y en consecuencia no prospera el recurso interpuesto por el Fondo Privado en este aspecto.

Ahora, con el fin de dar trámite al otro punto del recurso de apelación interpuesto por Protección SA y Porvenir SA, en lo relativo a devolver los gastos de administración, el fondo de garantía de pensión mínima, las sumas adicionales de las aseguradoras, se precisa que la orden de remitir a COLPENSIONES dichos rubros, así como los valores recibidos por concepto de cotizaciones, y rendimientos que fueron cobrados durante la permanencia de la demandante en el RAIS, se encuentra ajustada a derecho, pues así lo ha señalado la CSJ en la sentencia SL1421-2019, en la que trae a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, adoctrinó:

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida 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 serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C”.

Frente a la configuración de la prescripción, considera esta colegiatura que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, tal como se señala en sentencia de la CSJ, la SL1688-2019, que precisa:

“[...] la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

Dicho de otro modo: no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración. De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.

Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados”.

Con los argumentos expuesto, se deja atendida la alzada de Protección SA y de Porvenir SA, en ese aspecto, la cual no procede.

Ahora, en consideración a que Colpensiones deberá actualizar la historia laboral de la demandante, al momento de cumplirse la orden anterior, la administradora de fondo de pensiones del RAIS, deberá indicar debidamente discriminados, los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se concederá el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, y, una vez recibidos tales valores, Colpensiones contará con el mismo término para actualizar y entregar a la demandante su historia laboral, razón por la cual se adicionará el ordinal cuarto de la providencia de primera instancia, en este aspecto, en consecuencia, queda resuelto el recurso interpuesto por la apoderada de Colpensiones al respecto.

Finalmente, en lo relativo a dar aplicación a la multa de que trata el art. 271 de la Ley 100 de 1993, que solicita el apoderado judicial de la demandante, resulta indispensable precisar que la misma es de competencia del Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social o del Ministerio de Salud, según lo dispone la citada norma, en consecuencia, será ante tal entidad que se deba realizar la solicitud, y resolverá la procedencia o no de esta.

Retoma esta corporación nuevamente el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

2. Pensión de vejez

La demandante nació el 28 de septiembre de 1964 (f.º 1 archivo 4), por ende, cumplió los 57 años el mismo día y mes del año 2021, fecha para la cual debía acreditar 1300 semanas, según lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9º de la Ley 797 de 2003.

Al respecto, según la historia laboral aportada por Colpensiones, por Porvenir y por Protección SA, esta última expedida el 25 de enero de 2022, evidencia esta corporación que la demandante reúne más de 1807 semanas cotizadas desde el 14 de febrero de 1984 hasta el 30 de diciembre de 2021, por lo que resulta procedente el reconocimiento de la pensión de vejez, por acreditar las exigencias del art. 9º de la Ley 797 de 2003.

Ahora, en lo relativo a la causación y disfrute de la pensión que fue objeto de apelación por el apoderado de la parte demandante, quien refiere que se debe otorgar a partir de la causación del derecho, estima esta corporación que resulta imposible acceder a tal pretensión, si se tiene en cuenta que, i) la demandante no exteriorizó su voluntad de pensionarse para el 28 de septiembre de 2021, cuando cumplió los 57 años y contaba con las 1300 semanas exigidas, sino hasta el 17 de noviembre de 2021 (f.º 28, archivo 4), cuando solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado así como el reconocimiento de la pensión; ii) de la historia laboral expedida por Protección SA en enero de 2022, se corrobora que la demandante se encontraba activa cotizando, ello se infiere del aporte realizado en diciembre de 2021 y la ausencia de novedad de retiro, situación que se corrobora al consultar el sistema del Ruaf, del que se aprecia, que la afiliada aún continuó como cotizante activa, en consecuencia, se encuentra ajustada a derecho la decisión del juez de ordenar el reconocimiento de la prestación a partir del día en que se petitionó el reconocimiento pensional.

Este punto, resulta indispensable aclarar que, si bien, los artículos 13 y 35 del Ac. 049 de 1990, aplicables al régimen de prima media con prestación definida, en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, señalan que es necesaria la desafiliación del régimen para disfrutar de la prestación por vejez, lo cierto es que, jurisprudencialmente, ha establecido la Corte Suprema de Justicia en su Sala especializada que no es imperiosa la novedad de retiro para efectos de ordenar el disfrute del derecho, sino que pueden existir actos positivos que indiquen la voluntad del afiliado de convertirse en beneficiario del sistema en calidad de pensionado, por ende, es suficiente la manifestación de querer pensionarse para reconocer la prestación.

Para efectos de determinar el IBL, se realizó el cálculo con el promedio de lo cotizado en los últimos diez años, conforme lo consagrado en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, y lo señaló la CSJ en sentencia SL3343-2022, además así se estableció el *a quo* y se obtuvo la suma de \$6.729.500, la cual al aplicar la tasa de retribución de 76.80% -que resultó luego de despejar la formula consagrada en el art. 34 de la misma normativa- arroja la mesada para el año 2021 de \$5.168.256 -según anexo 1-, que resulta ligeramente superior a la calculada por el *a quo* para esa anualidad en \$5.142.666, por cuanto, el juez utilizó para el mes de junio de 2012 un IBC diferente e inferior al cotizado, lo propio ocurrió en los ciclos de enero de 2001, junio de 2013, y julio de 2016, que registró el valor de la cotización diferente a la real efectuada.

Precisa esta colegiatura que, aunque la parte demandante recurrió el monto de la mesada liquidada por el juez, al considerar que era inferior al cálculo que se presentó con la demanda, lo cierto es que, tal afirmación falta a la realidad, por cuanto, la parte demandante no aportó tal liquidación, sin embargo, como el apoderado recurrente solicita se modifique el valor de la mesada y al evidenciarse que en efecto se obtiene un monto ligeramente superior al liquidado por el *a quo*, se modificará la sentencia en ese aspecto.

Ahora, en lo relativo a la solicitud de que se aplique la tasa de reemplazo del 80%, se ha de precisar que tampoco se petitionó en el escrito inaugural del proceso, por ende, al no haber sido objeto de discusión en primera instancia, es imposible, hacer pronunciamiento en esta sede judicial, dado que, las facultades ultra y extra petita están reservadas al juez de primera instancia, de ahí que no prospere el recurso en este aspecto.

Se aclara que no operó el fenómeno jurídico de la prescripción, dado que el disfrute de la pensión es a partir del 17 de noviembre de 2021, mismo año en que se radicó la demanda, de ahí que el retroactivo causado a partir del 17 de noviembre de 2021 y actualizado al 30 de abril de 2023, conforme a lo dispuesto en el art. 283 del CGP, asciende a \$108.411.206 - conforme al anexo 2-. El Valor de la mesada a pagar a partir del 1° de mayo de 2023 es de \$6.174.895 -conforme el anexo 2-.

En suma, se modificará la decisión de primera instancia en lo relativo al monto de la mesada pensional, y se adicionará en lo relativo a determinar el monto del retroactivo liquidado, el cual omitió calcular el juez.

3. Intereses de mora

Respecto de esta pretensión que fue objeto de recurso de la parte demandante, considera esta Colegiatura que no se le puede endilgar tardanza a la entidad de seguridad social encargada de reconocer la pensión de vejez, por cuanto, esa obligación en cabeza de esta surge con ocasión de la declaratoria de la ineficacia del traslado que se ordena con la presente providencia, además, dicho criterio es prohijado por la CSJ tal como se evidencia en sentencia SL2871-2019. No obstante, ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda de la mesadas, se ordena la indexación desde que se causaron las mismas hasta que se paguen, por ende, se confirmará la determinación del Juez en este aspecto.

4. Costas

En lo referente a la condena en costas impuestas en primera instancia, y que fue objeto de reproche por Colpensiones, la Sala precisa que, conforme a lo plasmado en la contestación de la demanda de esa administradora de pensiones, esto es, la oposición a las pretensiones, así como la interposición de excepciones, genera una tensión procesal que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 365 del CGP, aplicable por remisión según lo establecido en el artículo 145 del C.P.T.S.S., hace que resulte próspera la condena a la parte vencida en juicio, por lo que se confirmarán las costas impuestas en primera instancia.

En esta instancia también se causaron al no resultar próspero los recursos que interpusieron las demandadas, se ordenará fijar las agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal cuarto de la Sentencia No. 42 del 1° de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a Porvenir SA y Protección SA, respectivamente, que al momento de cumplir la orden impartida de traslado de todos los rubros de la demandante, deberán discriminar los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se les concede el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de su notificación, y, una vez recibidos tales valores, Colpensiones contará con el mismo término para actualizar y entregar a la demandante su historia laboral.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que el valor de la mesada a partir del 17 de noviembre de 2021 corresponde a \$5.168.256.

TERCERO: ADICIONAR el ordinal quinto de la sentencia apelada y consultada para precisar que el valor del retroactivo causado a partir del 17 de noviembre de 2021 y actualizado al 30 de abril de 2023, asciende a \$108.411.206. El Valor de la mesada a pagar a partir del 1° de mayo es de \$6.174.895.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la decisión de primer grado.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones y en favor de la demandante, se incluye como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una.

SEXTO: Por la secretaría de la Sala Laboral, notifíquese esta sentencia por edicto a las partes y demás intervinientes, conforme a las directrices trazadas por Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el auto AL2550-2021 del 23 de junio de 2021, rad 89628 y, en la STP3384-2022.

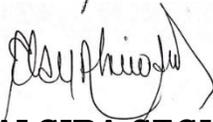
SÉPTIMO: DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

No siendo otro el objeto de la presente se cierra y se suscribe en constancia por quien en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÁLVARO MUÑOZ AFANADOR
Magistrado Ponente



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado

Anexo 1

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO	SBC	ÍNDICE	ÍNDICE	DÍAS DEL	SALARIO	IBL
DESDE	HASTA	COTIZADO		INICIAL	FINAL	PERIODO	INDEXADO	
25/08/2011	30/12/2011	\$ 5.620.000	1	73,45	105,48	126	8.070.764	282.476,73
1/01/2012	29/02/2012	\$ 5.620.000	1	76,19	105,48	60	7.780.517	129.675,29
1/03/2012	30/03/2012	\$ 7.214.000	1	76,19	105,48	30	9.987.304	83.227,54
1/04/2012	30/05/2012	\$ 5.620.000	1	76,19	105,48	60	7.780.517	129.675,29
1/06/2012	30/06/2012	\$ 5.957.000	1	76,19	105,48	30	8.247.071	68.725,59
1/07/2012	30/11/2012	\$ 5.732.000	1	76,19	105,48	150	7.935.574	330.648,90
1/12/2012	30/12/2012	\$ 5.923.000	1	76,19	105,48	30	8.200.001	68.333,34
1/01/2013	30/01/2013	\$ 4.974.000	1	78,05	105,48	30	6.722.069	56.017,25
1/02/2013	28/02/2013	\$ 5.732.000	1	78,05	105,48	30	7.746.462	64.553,85
1/03/2013	30/03/2013	\$ 9.409.000	1	78,05	105,48	30	12.715.712	105.964,27

1/04/2013	30/05/2013	\$ 5.732.000	1	78,05	105,48	60	7.746.462	129.107,70
1/06/2013	24/06/2013	\$ 4.586.000	1	78,05	105,48	24	6.197.710	41.318,07
1/09/2013	30/12/2013	\$ 589.500	1	78,05	105,48	120	796.675	26.555,82
1/01/2014	3/03/2014	\$ 616.000	1	79,56	105,48	63	816.688	14.292,04
4/03/2014	4/03/2014	\$ 6.216.000	1	79,56	105,48	1	8.241.122	2.289,20
5/03/2014	30/03/2014	\$ 5.600.000	1	79,56	105,48	26	7.424.434	53.620,92
1/04/2014	30/08/2014	\$ 6.000.000	1	79,56	105,48	150	7.954.751	331.447,96
1/09/2014	30/09/2014	\$ 5.800.000	1	79,56	105,48	30	7.689.593	64.079,94
1/10/2014	30/12/2014	\$ 6.000.000	1	79,56	105,48	90	7.954.751	198.868,78
1/01/2015	30/12/2015	\$ 6.000.000	1	82,47	105,48	360	7.674.063	767.406,33
1/01/2016	30/06/2016	\$ 6.000.000	1	88,05	105,48	180	7.187.734	359.386,71
1/07/2016	30/07/2016	\$ 5.000.000	1	88,05	105,48	30	5.989.779	49.914,82
1/08/2016	30/12/2016	\$ 6.000.000	1	88,05	105,48	150	7.187.734	299.488,93
1/01/2017	30/12/2017	\$ 6.000.000	1	93,11	105,48	360	6.797.122	679.712,17
1/01/2018	30/12/2018	\$ 6.000.000	1	96,92	105,48	360	6.529.922	652.992,16
1/01/2019	30/12/2019	\$ 6.000.000	1	100,00	105,48	360	6.328.800	632.880,00
1/01/2020	30/01/2020	\$ 6.000.000	1	103,80	105,48	30	6.097.110	50.809,25
1/02/2020	29/02/2020	\$ 5.933.340	1	103,80	105,48	30	6.029.371	50.244,76
1/03/2020	30/03/2020	\$ 5.984.446	1	103,80	105,48	30	6.081.304	50.677,53
1/06/2020	30/12/2020	\$ 6.000.000	1	103,80	105,48	210	6.097.110	355.664,74
1/01/2021	30/01/2021	\$ 5.933.340	1	105,48	105,48	30	5.933.340	49.444,50
1/02/2021	30/12/2021	\$ 6.000.000	1	105,48	105,48	330	6.000.000	550.000,00

TOTALES						3.600		6.729.500
TOTAL SEMANAS COTIZADAS						514,29		
TASA DE REEMPLAZO		76,80%					PENSION	5.168.256
SALARIO MÍNIMO		2.021					PENSIÓN MÍNIMA	908.526,00

Anexo 2

RETROACTIVO				
AÑO	IPC Variación	MESADA RECONOCIDA	MESADAS ADEUDADAS	TOTAL
2021	1,61%	5.168.256	2,467	\$12.748.365
2022	5,62%	5.458.712	13	\$70.963.260
2023	13,12%	6.174.895	4	\$24.699.581
TOTAL:				\$108.411.206