



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-003- 2023-0093-01
Juzgado de origen:	Tercero Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Argemiro Astudillo Herrera
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Colfondos S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	231

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Colpensiones contra la sentencia No 73 emitida el 17 de mayo de 2023. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare la nulidad y/ o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS- en Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a dicha entidad que permita el traslado al RPM. Asimismo, los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro

individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, las mermas sufridas en el capital destinado para la financiación de su pensión. Finalmente, pide lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho (Folios 05 a 18 y 20 a 32 Archivo 01 PDF y Archivo 03PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Porvenir S.A., Colpensiones, Colfondos S.A.

Porvenir S.A., mediante escritos visibles a folios 02 a 31 Archivo 11 PDF. Colpensiones a folios 02 a 08 Archivo 12PDF y Colfondos S.A. a folios 13 a 20 Archivo 13 PDF y 12 a Archivo 12 PDF, respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 73 emitida el 17 de mayo de 2023. En su parte resolutiva, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado que hizo Argemiro Astudillo Herrera al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos y posterior traslado a Porvenir S.A. **Segundo**, Como consecuencia de lo anterior, se ordena a Colfondos y a Porvenir S.A., a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses, cuentas de rezago si las hay y bonos pensionales que se hubiesen emitido, pertenecientes a la cuenta del demandante al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, para lo cual, atendiendo la normatividad señalada en la parte motiva, se les otorga un plazo de dos meses contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, previa reclamación administrativa que ante dichos fondos realice la parte activa de esta litis, la que se entiende agotada con la presentación de la presente decisión judicial. **Tercero**, ordenar a Colpensiones que proceda aceptar el traslado de la parte actora del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, junto con el dinero, rendimientos financieros, gastos de administración con cargo al propio patrimonio de la AFP, seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses, cuentas de rezago si las hay y bonos pensionales que se hubiesen emitido, que tenga en su

cuenta individual. **Cuarto**, condenar en costas a la parte demandada. **Quinto**, conceder el grado jurisdiccional de consulta, son fuera apelada la decisión.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara, completa y comprensible a sus afiliados al momento de efectuarse el traslado. Dice que debe probarse que se obró de manera diligente, frente a las obligaciones que le impone la Ley. Por tal motivo, debe declararse la ineficacia del traslado.

4. La apelación.

Contra esa decisión, el apoderado judicial de Colpensiones formuló recurso de apelación.

4.1. Colpensiones

Señaló que el demandante se afilió de manera libre y voluntario al fondo de pensiones al que quería pertenecer; además, permaneció afiliado por varios años al RAIS, no retornando al RPM, por lo que convalidó su actuación. Que en caso de que se confirme el fallo, pide que no solo debe trasladarse los aportes sino también las semanas cotizadas, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, bonos pensionales, primas previsionales debidamente indexados. Se opone también a las costas procesales, pues han actuado de buena fe. Que, conforme a lo manifestado en el interrogatorio de parte, el actor no indicó elevar reclamación alguna ante Colpensiones, pues su inconformidad únicamente hacer referencia a la información dada por los fondos privados.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión se pronunciaron de la siguiente manera: Colpensiones en Archivo 04PDF. La parte demandante en Archivo 05PDF y Porvenir S.A. en Archivo 06PDF

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿Se debe ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, rendimientos financieros y bono pensional, si los hubiere, retorne a Colpensiones los gastos de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y a costa de sus propios recursos? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Colfondos S.A. el traslado de estos últimos conceptos debidamente indexados, por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esa entidad?

1.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

1.5. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a Colpensiones?

2. Respuesta a los problemas jurídicos

2.1 ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la a quo de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a Porvenir S.A y Colfondos S.A. demostrar que la afiliación del demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado 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).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: “*el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente*” y que el acto de traslado: “*debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado*”.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Se desprende de la historia laboral de Colpensiones¹, Porvenir S.A.², formularios de afiliación³ de la certificación SIAFP⁴, y de la certificación de bonos

¹ Fls. 92 a 99 Archivo 01PDF y Archivo 14PDF

² Fls. 60 a 68 Archivo 01PDF y Archivo 09PDF

³ Fls. 41 y 46 Archivo 01 PDF

⁴ Archivo 06 PDF

pensionales⁵, que el demandante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, desde el 20 de enero de 1989 al 30 de enero de 1992.
- b. Según la historia laboral y la certificación SIAFP, el actor se trasladó de la siguiente manera:

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	AFP destino	AFP origen	Fecha inicio efectividad	Fecha fin efectividad
Traslado régimen	1994-08-30	COLFONDOS	COLPENSIONES	1994-09-01	1999-04-30
Traslado fondo	1999-03-29	PORVENIR	COLFONDOS	1999-05-01	

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la entidad demandada nunca se le informó sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría la pensión en el RPM, ni mucho menos de la posibilidad de retractarse.

En su interrogatorio de parte, el actor señaló que inicialmente se afilió al extinto ISS. Que desea retornar al RMP dado que el funcionario de Colfondos S.A. le manifestó que el ISS se acabaría, obtendría una mejor pensión, y con este tipo de engaños se trasladó. Se limitaron hacerle suscribir un formulario. Que desconocía que podía retornar, al RPM, cuando se enteró de ello, ya no podía trasladarse. Que actualmente no goza de ningún tipo de pensión (mto 43:19 a 48:45 Archivo 24LinkAudencia.pdf)

Para la Sala, Colfondos S.A. y Porvenir S.A. no demostraron que hayan brindado, al demandante, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban

⁵ Fls. 58 a 59 Archivo 01PDF

rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiario del mismo (SL4811-2020). Las documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a la que ha estado afiliado el accionante.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los trasladados 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 a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Nótese, además, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021). Por lo que no le asiste razón a la parte recurrente.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que, al demandante le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión, y que permaneció varios años en el RAIS. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles a los fondos privados. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen requisitos sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen”.

Por lo que no le asiste razón a Colpensiones.

Por último, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar el fondo privado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Porvenir Colfondos S.A., suministró a la parte actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2 ¿Se debe ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineeficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, rendimientos financieros y bono pensional, si los hubiere, retorne a Colpensiones los gastos de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y a costa de sus propios recursos? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Colfondos S.A. el traslado de estos últimos conceptos debidamente indexados, por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esa entidad?

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales si los hubiere. Asimismo, los gastos de administración, primas por seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y a cargo de su propio patrimonio. A Colfondos S.A. le corresponde trasladar estos rubros por el periodo en que el actor estuvo afiliado a dicha sociedad. Razón por la cual habrá de adicionarse este último concepto en la sentencia objeto de apelación y consulta.

2.2.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

De conformidad con lo consagrado en el inciso 2º del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma

ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Colfondos S.A. asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la afiliada estuvo vinculada a cada uno de los fondos privados del RAIS, en providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: “...la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional**. Y aún en el evento de que *Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones*”.

Finalmente, deviene procedente ordenar la devolución del **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, por cuanto el

artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021). Asimismo, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021.

Asimismo, la jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada. Al respecto, se señaló en sentencia SL3199-2021 lo siguiente:

“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

2.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la **prescripción** no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, **aplica también** para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado. De esta manera, no le asiste razón por la cual, no le asiste razón a Porvenir S.A.

2.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a Colpensiones?

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Colpensiones, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *a quo* a la entidad demanda.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., no se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones, dada la prosperidad parcial del recurso.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia para ordenar a **Porvenir S.A.** y a **Colfondos S.A.** a devolver a Colpensiones los valores por gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, a costa de sus propios recursos.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Notifíquese esta decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

En uso de permiso
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Actos judiciales

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso	Proceso Ordinario Laboral
Radicado	76001-31-05-006- 2018-00390-01
Juzgado de primera instancia	Sexto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Elizabeth Patiño Alcalde
Demandadas:	Colpensiones
Asunto:	Confirma sentencia. Pensión de sobrevivientes – No Condición más Beneficiosa
Sentencia escrita n.º	232

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **resuelve el recurso de apelación** interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia No. 077 del 07 de abril de 2022, emitida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Procura la demandante que se ordene a la entidad accionada se reconozca en su favor: **i)** la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge, señor William Antonio Castaño Gómez, a partir del 15 de mayo de 2016, bajo el principio de la condición más beneficiosa, junto con las mesadas pensionales; **ii)** los intereses moratorios, y; **iii)** lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho (Págs. 26 a 34– Archivo 01Expediente PDF).

2. Contestación de la demanda

2.1. Colpensiones.

Colpensiones mediante escrito obrante a folios 48 a 55 Archivo 01-PDF, dio contestación a la demanda, la cual, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Art. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. Por medio de Sentencia No. 077 del 07 de abril de 2022, la a quo decidió: **Primero**, absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. **Segundo**, dar prosperidad a las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa para pedir propuestas por la demandada. **Tercero**, sino fuere apelado, consúltese ante el superior. **Cuarto**, condenó en costas a la parte actora

3.2. Para adoptar tal determinación, dice que el señor William Antonio Castaño Gómez falleció el 15 de mayo de 2016. De esta manera, la normativa aplicable es la Ley 797 de 2003. Que, en este caso, no se acreditó las 50 semanas dentro de los 3 últimos años, esto es, entre el 15 de mayo de 2013 y el 15 de mayo de 2016, puesto que su última cotización data del 02 de marzo de 2004. En toda su vida aportó un total de 1013 semanas.

Luego de fundamentarse en jurisprudencia respecto al principio de la condición más beneficiosa, dice que el deceso del causante no se produjo entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, por lo que no hay lugar a estudiar la pretensión bajo los parámetros de la primigenia Ley 100 de 1993; además, no acredito 26 semanas en el año inmediatamente anterior a su muerte. No obstante, señaló que registra más de 300 semanas de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, modificado por el Decreto 758 de 1990.

Por lo tanto, procedió a estudiar el test de procedencia para manifestar que no cumple con el mismo, dado que la actora figura como afiliada al Sistema de Seguridad Social en Colpensiones, en ARL y en salud. No cumpliendo con los requisitos para hacerse merecedora a la pensión de sobreviviente que

reclama, por lo cual, si fuere del caso, deberá solicitar la aplicación del artículo 151 de la Ley 1580 de 2012 referido al reconocimiento de la pensión familiar, si eventualmente al término de su vida laboral, la demandante no ha cumplido con los requisitos de semanas cotizadas al SGP

4. La apelación.

Contra esa decisión, la apoderada judicial de la parte actora formuló recurso de apelación.

4.1. Parte demandante

Señala que la Corte Constitucional ha reconocido esta prestación bajo el principio de la condición más beneficiosa contemplado en el Acuerdo 049 de 1990. Se fundamenta en la sentencia T-584 de 2011, para indicar que en dicho caso, se accedió a la pensión teniéndose en cuenta el mencionado Acuerdo.

4. Trámite de segunda instancia

Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, se pronunciaron, así: Colpensiones en Archivo 06PDF y la parte demandante en Archivo 07PDF.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos

De acuerdo con el marco de reflexión planteado por el censor, el problema jurídico se contrae a establecer si:

1.1 ¿La señora Elizabeth Patiño Alcalde tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor William Antonio Castaño Gómez, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990?

2.1 Respuesta al interrogante.

La respuesta es **negativa**. La actora no cumple con los requisitos legales para la pensión de sobrevivientes. Tampoco se cumple los requisitos para dar aplicación a la condición más beneficiosa con el fin de tomar los requisitos de la legislación inmediatamente anterior a la norma que regula este asunto.

2.1.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

Sea lo primero en recordar que la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad menguar las consecuencias económicas que se generaran en el núcleo familiar por la intempestiva muerte de uno de sus miembros, afiliado o pensionado al Sistema General de Pensiones, que contribuye de manera sustancial al mantenimiento de dicho grupo familiar; esto con el fin de paliar el cambio abrupto de las condiciones de subsistencia de aquellos que dependían del causante y que han sido considerados beneficiarios de esta protección por la propia ley de seguridad social (SL1921-2019).

Así mismo, se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la ley que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, tal como lo memoró en recientes sentencias SL142 del 29 de enero de 2020, radicación No. 68816 y SL379 del 12 de febrero de 2020, radicación No. 62306.

Igualmente, deviene necesario acotar, que, tratándose de dicha prestación pensional, la jurisprudencia nacional ha desarrollado el principio de la **condición más beneficiosa** el cual propende por mantener o respetar una situación particular alcanzada bajo una norma, frente a la impuesta por una disposición posterior que ha establecido un tratamiento peyorativo con respecto a la primera, es decir, dicho principio se aplica en aquellos casos en que un precepto legal instituya condiciones más gravosas que las ordenadas por la legislación inmediatamente anterior y se han consolidado las condiciones de ésta.

Respecto a la forma de su aplicación, la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación Laboral ha advertido que no es posible la utilización del principio de la condición más beneficiosa con el objeto de acomodar irrestrictamente el caso concreto a la norma que mejor se avenga en cada caso particular, pues ese no es el propósito que se busca, motivo por el cual, al tenor literal de dicha autoridad “*el juzgador no puede hacer una búsqueda plusultractiva hasta adaptar sus condiciones particulares a cualquier norma anterior que le sea más benéfica*” (SL5596-2019).

En efecto, en reciente sentencia SL379 del 12 de febrero de 2020, Radicación No. 62306, dicha Corporación reiteró lo puntualizado en providencias SL1379-2019, SL1605-2019, SL039-2018 y SL21546-2017, entre otras, en los siguientes términos:

“En este asunto, la censura invoca el principio de la condición más beneficiosa a fin de que la situación se resuelva bajo el abrigo del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Sin embargo, de acudirse a dicho principio, esta norma no tiene cabida, por no corresponder a la norma inmediatamente anterior, pues no es viable hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del de cuius o cuál resulta ser más favorable, pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro. Así lo ha señalado la Sala en recientes providencias, entre otras, en la CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016 y CSJ SL15960-2016.

Ahora bien, es preciso indicar que el régimen anterior a la Ley 797 de 2003 es la Ley 100 de 1993, pues así lo ha entendido esta Corporación, al señalar que no puede el juez desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación más allá de dicha ley (sentencia CSJ SL, 9 dic 2008, Rad. 32642, y demás)”.

Finalmente, dicha Corporación en sentencia SL4650 del 25 de enero de 2017, radicación 45262, estableció una temporalidad o límite para la aplicación de la condición más beneficiosa más allá de la Ley 100 de 1993, así:

“Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con veneno en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional”.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, en fallo SU – 005 de 2018, unificó su doctrina sobre los alcances del principio de la condición más beneficiosa en tratándose del reconocimiento de la pensión de sobrevivencia. Señaló que la interpretación dada por la Sala de Casación Laboral “*al principio de la condición más beneficiosa ya referido anteriormente, lejos de resultar constitucionalmente irrazonable, es acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005*”.

Sin embargo, sostuvo que “*la interpretación de la Sala Laboral no resulta constitucional, razonable y válida cuando se trata de personas que cumplen con las condiciones del Test de procedencia que permiten realizar una aplicación distinta con el fin de garantizar sus derechos fundamentales*”.

Así entonces, indicó que el “*Test de Procedencia*” se circumscribe al cumplimiento de la totalidad de los siguientes condicionamientos: i.

<i>Test de Procedencia</i>	
Primera condición	Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo,

	vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento.
Segunda condición	Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.
Tercera condición	Debe establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al tutelante-beneficiario.
Cuarta condición	Debe establecerse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes.
Quinta condición	Debe establecerse que el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

La Sala mayoritaria acoge el criterio de la sentencia de la la Sala de Casación Laboral, resultando oportuno citar los motivos por los cuales dicha Corporación se aparta de la aplicación ultraactiva de leyes que no correspondan a la inmediatamente anterior a la norma que rige la pensión, contenidos en sentencia SL184-2021:

"A juicio de esta Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la práctica, esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Así mismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y de retrospectividad.

Por otra parte, la aplicación ultractiva de normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, afecta el principio de seguridad

jurídica, pues genera incertidumbre sobre la disposición aplicable, en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional, con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, según el criterio de la Sala, no es posible (CSJ SL 1683-2019, CSJ SL 1685-2019, CSJ SL2526-2019, CSJ SL1592-2020, CSJ SL1881-2020, CSJ SL1884-2020, CSJ SL1938-2020, CSJ SL2547-2020 y CSJ SL3314-2020).

Por otra parte, debe advertirse que la financiación de todo sistema pensional depende de variables demográficas, fiscales o actuariales que deben ajustarse en diferentes momentos, de modo que las reformas en determinados contextos pueden privilegiar aspectos que antes no contemplaban o potenciar algunos de ellos, por ejemplo, darle mayor peso a la permanencia en la afiliación para la adquisición de un derecho pensional que a la sola acreditación de un número específico de semanas.

En consecuencia, la introducción de reglas ajenas a las legales puede alterar la estabilidad y las proyecciones financieras sobre las que se ha diseñado el sistema de pensional y comprometer la realización de los derechos de las generaciones futuras. Por este motivo, el reconocimiento de las pensiones debe sujetarse al cumplimiento estricto de cada una de las condiciones exigidas por las leyes para su causación y pago.

En síntesis, es preciso indicar que no se trata de desconocer el principio de la condición más beneficiosa sino de delinear correctamente su campo de aplicación y actualizarlo conceptualmente bajo la égida del modelo constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular, la solidaridad y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales sociales.

Por ello, de manera reiterada y pacífica esta Corporación ha adoctrinado que, respecto de las exigencias para acceder a la pensión de sobrevivientes, el juez no puede realizar un examen histórico de las

leyes anteriores a fin de determinar la que más convenga a cada caso en particular.”

3.3. Caso en concreto:

En el presente caso, se vislumbra que la parte actora de la acción pretende el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Según el Registro Civil de Defunción a folio 11 Archivo 01 PDF, el señor William Antonio Castaño Gómez, respecto de quien se pretende la prestación pensional enunciada, falleció el día 15 de mayo de 2016. La disposición que en principio gobierna la requerida situación pensional es la contenida en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el precepto 46 de la Ley 100 de 1993, que prevé:

ARTÍCULO 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento...”*

“PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley. (...)"

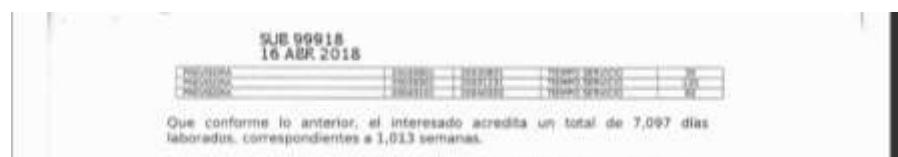
Se extrae de dicha normativa que para efectos de obtener el reconocimiento a la pensión de sobrevivientes se requiere haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, o, de conformidad con su párrafo *“acreditar las que exige el sistema para acceder a la pensión de vejez, bien sea en el régimen general o en el de transición”* (SL5196).

Ahora, de la historia laboral emitida por Colpensiones, el causante no reúne las 50 semanas exigidas por la norma en comento, toda vez que entre el 15 de mayo de 2013 y el 15 de mayo de 2016 –*fecha del deceso*- registra “0” **semanas**. De esta manera, no se genera bajo dicho precepto el derecho al reconocimiento de la prestación pensional deprecada.

En el expediente administrativo se allegó la historia laboral, y en esta reporta un total de **891.57 semanas**¹

(1) Clasificación Aplicable	(2) Nombre o Razón Social	(3) Dirección	(4) Número	(5) Último Salario	(6) Elementos	(7) IVA	(8) IBI	(9) Total
44104000711	EXAL HEPESL S.A.	1601719000	100011363	6.000,00	49,71	0,00	2,00	49,71
44201100000	AUDIO INSTRUMENTOS	1602217000	5	311.800	3,03	0,00	0,00	3,03
1000000044	LA PREVISORA S.A.	1610124000	5	3842.200	38,00	0,00	0,00	38,00
1000000046	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	3842.200	17,00	0,00	0,00	17,00
1000000048	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	3838.000	8,07	0,00	0,00	8,07
1000000049	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	3710.000	4,28	0,00	0,00	4,28
1000000050	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	3238.000	38,77	0,00	0,00	38,77
1000000051	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	3111.000	50,71	0,00	0,00	50,71
1000000052	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	3077.000	49,71	0,00	0,00	49,71
1000000053	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	3011.000	49,71	0,00	0,00	49,71
1000000054	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2947.000	4,28	0,00	0,00	4,28
1000000055	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2873.000	3,29	0,00	0,00	3,29
1000000056	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2805.000	47,74	0,00	0,00	47,74
1000000057	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2747.000	55,00	0,00	0,00	55,00
1000000058	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2630.000	51,43	0,00	0,00	51,43
1000000059	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2601.000	58,07	0,00	0,00	58,07
1000000060	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2560.000	4,28	0,00	0,00	4,28
1000000061	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2500.000	3,29	0,00	0,00	3,29
1000000062	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2460.000	55,71	0,00	0,00	55,71
1000000063	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2401.000	4,28	0,00	0,00	4,28
1000000064	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2363.000	53,05	0,00	0,00	53,05
1000000065	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2305.000	50,71	0,00	0,00	50,71
1000000066	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2267.000	4,28	0,00	0,00	4,28
1000000067	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2238.000	3,29	0,00	0,00	3,29
1000000068	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2190.000	17,34	0,00	0,00	17,34
1000000069	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2151.000	4,28	0,00	0,00	4,28
1000000070	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2113.000	17,34	0,00	0,00	17,34
1000000071	LA PREVISORA S.A.CSC	1610124000	5	2075.000	4,28	0,00	0,00	4,28

No obstante, en la Resolución No SUB 99918 del 16 de abril de 2018, se indica que el actor cotizó un total de **1.013 semanas**. De esta manera, se tendrá en cuenta este número²



¹ Carpeta 04ExpedienteAdministrativoFolio56 (Archivo denominado GRP-SCH-HL-2016_10421593-20160906041909.PDF)

² Flio 16 a 20 Archivo 01PDF

Anotado lo anterior, se tiene que el señor William Antonio Castaño Gómez nació el 04 de julio de 1960³, por lo que, al 1 de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, contaba con 34 años de edad y con **381 semanas** de cotización, por lo que no es titular del régimen de transición. Ahora, dado el número de semanas cotizadas, a la fecha de su fallecimiento tenía que cumplir 1300 semanas para acceder a la pensión de vejez, requisito que evidentemente tampoco se cumple.

En consecuencia, al no haberse demostrado que se cumplen los supuestos normativos del parágrafo 1° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, la pensión de sobrevivientes reclamada tampoco encuentra prosperidad con esa normativa.

Ahora, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 original, con venero al principio de la condición más beneficiosa, solo continuó produciendo sus efectos para el período comprendido entre el 29 de enero de 2003 al 29 de enero de 2006. El fallecimiento del causante ocurrió el 15 de mayo de 2016, data posterior a tal temporalidad. Por tanto, no resulta viable reconocer la prestación pensional reclamada por la demandante bajo dicha normatividad.

Al no cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes y tampoco reunirlos para que en aplicación de la condición más beneficiosa se pueda recurrir a la Ley 100 de 1993 en su versión original, se confirmará la sentencia de primera instancia, **pero por las razones expuestas en esta providencia.**

4. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a la parte actora, y en favor de la parte demandada.

IV. DECISIÓN

³ Flio 03 Archivo 01-0DF

En mérito de lo expuesto la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante y en favor de la parte demandada. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión por edicto.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos Judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

En uso de permiso
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Actos Judiciales

Call-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicado:	76-001-31-05-010- 2017-00270-01
Demandante:	Oscar Williams Cabrera Bedoya
Demandado:	Porvenir S.A.
Juzgado:	Octavo Laboral Del Circuito De Cali
Asunto:	Confirma sentencia – Pensión de invalidez – Ley 860 de 2003
Sentencia escrita No.	234

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita, que resuelve el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia No 157 emitida el 11 de octubre de 2021 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, que opera a favor de la demandante.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda y subsanación.

Pretende el demandante el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 26 de marzo de 2014, junto con las mesadas y la indexación. Asimismo, lo ultra y extrapetita, y las costas y agencias en derecho. (Fls. 05 a 11 y 49 a 51 Archivo 01Exp76001310501020170027000.pdf)

2. Contestación de la demanda.

2.1. Porvenir S.A.

La entidad demandada, mediante escrito visible a folios 66 a 80 Archivo 01 PDF, dio contestación a la demanda, la cual, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.)

2.2. Demanda reconvención Porvenir S.A.

El fondo demandado mediante escrito obrante a folios 104 a 108 y 116 Archivo 01 PDF, presentó demanda de reconvención en la que solicitó: **(i)** el reintegro de los valores que haya pagado concepto de la devolución de saldos, debidamente indexados y hasta la ejecutoria del presente proceso y el **(ii)** pago de las costas procesales.

La anterior demanda se tuvo por no contestada mediante auto del 08 de agosto de 2019¹

3. Actuación procesal

3.1. Mediante auto de fecha 11 de febrero de 2020, el juez de primera instancia decretó como prueba de oficio un dictamen pericial ante la Junta Regional de Calificación de invalidez de Risaralda² con el fin que: **(i)** realice valoración completa de la fecha de estructuración del señor Cabrera Bedoya; **(ii)** Especifique la fecha exacta en la cual alcanzó el 50% de PCL y **(iii)** establezca las condiciones médico ocupacionales y la pérdida de capacidad laboral para el 24 de mayo de 2013.

3.2. Allegado el dictamen³, el médico calificador de la Junta Regional de Risaralda, Doctor Federico Gómez acudió a la diligencia a sustentar el mismo. Manifestó luego de realizar un resumen de la información clínica, que para el 26 de marzo de 2014 el actor alcanzó el estado de invalidez al persistir los síntomas generados por el trastorno del humor, pues este fue aumentando la clase funcional del 1 al 3.

¹ Flio 113

² Flio 114 Archivo 01PDF y Archivo 02AudioAudienciaArt77.wmv

³ Flio 213 a 218 Archivo 01PDF

Que el 25 de mayo de 2013 el actor tenía un porcentaje del 35.88%, razón por la cual, no alcanza a superar el 50% para la invalidez, pues el estado de trastorno era clase 1. Como continuó con la sintomatología y al no mejorar, ésta evolucionó a grado 3, y en ese momento, es decir, al 26 de marzo de 2014 es cuando alcanza el estado de invalidez.

El juez le pregunta, si el actor para el 24 de mayo de 2013, ¿tenía las mismas condiciones médicas en razón a sus dolencias y patologías que para el 26 de marzo de 2014, cuando se estructura el 54%?, teniendo en cuenta la siguiente anotación:

Aclaraciones Laborales y de Exposición Laboral sobre joyero
Historia paraclinica y evaluaciones médicas: 28/12/2012 paciente con dolor y parestesias de Miembros Superiores en los dedos, EMG muestra Da de síndrome de túnel del carpo leve derecho
30/02/2013 Ecografía de riñones dentro de límites normales
24/05/2013 Neuropsicología antecedente de ACV hace 13 meses con secuelas de convulsiones manejo anticonvulsivantes por los meses siguientes y en supervisión médica, la historia clínica documenta sintomatología grave que compromete su funcionalidad personal y ocupacional, paciente con compromiso cognoscitivo leve como consecuencia de su trastorno depresivo grave o severo
06/11/2013 EMG Miembros Superiores Síndrome túnel del carpo moderado derecho
14/05/2014 Mad laboral paciente 55 años, de ocupación Joyero, con trastorno depresivo grave, sind túnel del carpo, epicondilitis derecha e hipercolesterolemia, situaciones que menoscaban su vida al punto de necesitar acompañamiento de tercero para realizar las actividades diarias,
26/03/2014 Psiquiatra paciente con trastorno depresivo grave, disminución en sus niveles medios hinchados minusvalores a

A lo que responde que sí, pero en menor gravedad, la parte psiquiátrica. Que para el año 2013 el diagnóstico únicamente era trastorno de ansiedad. Dice que tuvo en cuenta la valoración de neuropsicología; además, lo indicado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, pero con ese porcentaje no superaba para el año 2013 el 50%.

Expone que en dicha anotación se hace referencia a sintomatología grave y trastorno depresivo grave o severo porque: “*cuando usted está con alteraciones de ansiedad o trastornos depresivos, su examen cognoscitivo no sale de manera adecuada. Entonces un psicólogo que es quien hace el diagnóstico neuropsicológico no es el profesional que diagnostica el tema del humor depresivo, eso lo hace un médico psiquiatra. Entonces el psicólogo da una opinión acerca del estado de la persona, pero para poder establecer cuando la persona tiene un síndrome o una alteración depresiva, pues es el psiquiatra quien debe confirmar el diagnóstico*” (mto :5:43 a 23: 51 Archivo 05AudioAudenciaArt80.mp4)

3.3. Las partes estuvieron conformes con el dictamen presentado.

4.3. Decisión de primera instancia

Por medio de la Sentencia No. 157 emitida el 11 de octubre de 2021, el a quo decidió: **Primero**, declarar probada las excepciones invocadas por la sociedad demandada de inexistencia de la obligación. **Segundo**, absolver a Porvenir S.A. de las pretensiones elevadas por el demandante. **Tercero**, condenar en costas a la parte demandante. **Tercero**, consultar la presente providencia en caso de no ser apelada.

Para arribar a tal decisión, la jueza de primera instancia argumentó que el actor no le asiste el derecho a la pensión de invalidez pues no logró acreditar las 50 semanas anteriores a la fecha de estructuración. Y para la fecha de la última cotización no tenía la condición de invalidez.

Expone que al demandante inicialmente la aseguradora Alfa S.A, lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 50% PCL estructurada el 25 de marzo de 2014. Ante controversia, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, lo califica con el 54.69% con fecha de estructuración del 26 de marzo de 2014, en razón al concepto de psiquiatría de esa fecha.

Que dentro del proceso se practicó dictamen de pérdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, quien conceptuó el mismo porcentaje del 54.69% y fecha de estructuración -26 de marzo de 2014-. Explicó el perito que la condición del demandante de su PCL se obtuvo en razón la historia clínica de psiquiatría de fecha 26 de marzo de 2014. Indicó también que para el 25 de marzo de 2013 el demandante no tenía PCL superior al 50% pues para esa data se estructuró en un 35.88%; además, el grado de depresión era leve y no severo para esa calendaría.

Es decir que para el año 2013 el actor no tenía PCL superior al 50% ni para la fecha de la última cotización, que data del mes de octubre del año 2011, no registrando más cotizaciones. Que para el 26 de marzo de 2014 fue que se estructuró la pérdida de capacidad laboral superior al 50%, razón por la cual, no hay lugar a reconocer prestación pues no contaba con las 50 semanas anteriores a la misma.

Finalmente, argumenta que no hay lugar en aplicar el principio de la condición más beneficiosa pues no reúne las 300 semanas antes del 01 de abril de 1993. Por lo anterior, absolvio a la entidad demandada

4.4. Contra la anterior decisión no se interpuso recurso alguno.

4. Trámite de segunda instancia

Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, se pronunciaron, así: Porvenir S.A en Archivo 04PDF y la parte demandante en Archivo 05PDF.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común conforme la Ley 860 de 2003 o en virtud del principio de la condición más beneficiosa, bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990?

1. Respuesta al problema jurídico

La respuesta al interrogante es **negativa**. Fue acertada la decisión del a quo al determinar que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Lo anterior por cuanto cumplió con las semanas exigidas en la Ley 860 de 2003, pues no cuenta con 50 semanas a la fecha de estructuración acaecida el 26 de marzo de 2014. Tampoco se cumplen los requisitos para dar aplicación a la condición más beneficiosa con el fin de tomar los requisitos de la legislación inmediatamente anterior a la norma que regula este asunto.

2.1.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

Tratándose de la pensión de invalidez, la regla general indica que la norma que gobierna esta temática será la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, para el caso que se discute es el artículo 1º de la **Ley 860 de 2003** que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. En ella se estableció como elementos necesarios para acceder a la pensión de invalidez que el afiliado cuente con: **i) 50%**

o más de pérdida de la capacidad laboral, y **ii)** 50 semanas cotizadas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Según el contenido de dicha norma, para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, el trabajador debe ser calificado con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, dictamen que se encuentra a cargo de las entidades enlistadas en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y que constituye la prueba idónea para determinar el estado de invalidez (SL. 18016/2016, SL 778/2019). Es decir que, en principio, el medio de prueba a valorar por el fallador para establecer si al afiliado le asiste o no el derecho a la prestación es el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Ahora, existen casos en los cuales el solicitante no cumple con los requisitos para acceder a la prestación económica, circunstancia que permite la aplicación del principio de la **condición más beneficiosa** que propende por mantener o respetar una situación particular alcanzada bajo una norma, frente a la impuesta por una disposición posterior que ha establecido un tratamiento peyorativo con respecto a la primera, es decir, dicho principio se aplica en aquellos casos en que un precepto legal instituya condiciones más gravosas que las ordenadas por la legislación inmediatamente anterior y se han consolidado las condiciones de ésta.

Frente a la aplicación de la condición más beneficiosa para pensiones de invalidez, en el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, sostuvo la Sala de Casación Laboral:

“En ese sentido, desde la sentencia a que alude la censura CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 38674, se dejó sentado por esta Corporación la posibilidad de aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en el tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y las Leyes 797 y 860 de 2003, advirtiéndose que ello era posible siempre que en la fecha de la estructuración de la invalidez y en la de entrada en vigencia de la nueva norma, se cumplieran los requisitos de la disposición anterior, lo que para la pensión de invalidez se expresó así «[...] que para quienes hubieran dejado de cotizar al sistema, cuenten con 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en que se produzca el estado de invalidez y, en segundo término, es menester que también registren un mínimo de 26 semanas de aportes en el último año a la entrada en vigencia del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que comenzó a regir el 29 de diciembre de 2003 según el Diario Oficial No. 45.415».

El anterior criterio fue reiterado, precisado y limitado por esta Corporación, para el caso de la pensión de invalidez en sentencia CSJ SL2358-2017, reproducida entre otras, en las providencias CSJ SL2796-2020, CSJ SL3102-2020 y CSJ SL3055-2020, CSJ SL3660-2020 en las que se ha mantenido sin variación. En la primera mencionada se precisó:

D. Temporalidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el tránsito legislativo entre las leyes 100 de 1993 y 860 de 2003

Como se recuerda la condición más beneficiosa es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la invalidez; y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal.

Sin perder de vista lo precedente, y una vez analizada la exposición de motivos de las Leyes 797 y 860 de 2003, brota espontánea una primera conclusión: el legislador jamás pretendió perpetuar las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que regulan la pensión de invalidez, y si bien con la condición más beneficiosa debe respetarse o mejor resguardarse los hechos denominados por la doctrina foránea «intertemporales» que se generan con personas que tienen una situación jurídica concreta, ello no puede llevar a mantener, per secula seculorum, la protección de «“derechos” que no son derechos», en contra posición de la nueva ley que ha sido proferida honrando la Constitución Política.

De suerte que, a falta de normatividad expresa, el principio de la condición más beneficiosa emerge como un puente de amparo construido temporalmente para que transiten, entre la anterior y la nueva ley, aquellas personas que, itérese, tienen una situación jurídica concreta, con el único objetivo de que, en la medida que lo recorren, paulatinamente vayan construyendo los «niveles» de cotización que la normativa actual exige.

Pero ¿cuál es el tiempo de permanencia de esa «zona de paso» entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003? Bueno, para la Corte lo es de tres años, tiempo este que la nueva normativa (Ley 860 de 2003) dispuso como necesario para que los afiliados al sistema de pensiones reúnan la densidad de semanas de cotización-50- y una vez verificada la contingencia invalidez de origen común puedan acceder a la prestación correspondiente.

Con ese fin, se obtiene un punto de equilibrio y se conserva razonablemente por un lapso determinado- tres años-, los «derechos en curso de adquisición», respetándose así, para determinadas personas, las semanas mínimas establecidas en la Ley 100 de 1993, «con miras a la obtención de un derecho en materia de pensiones, cuya efectividad se subordina al cumplimiento ulterior de una condición», cual es, la invalidez.

Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 860 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 26 de diciembre de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la invalidez, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (26 de diciembre de 2003 – 26 de diciembre de 2006), el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.”⁴

Por el contrario, la Corte Constitucional en sentencia SU 556 de 2019 que ajustó el criterio instituido en la SU 442 de 2016, señaló que “solo respecto de personas en situación de vulnerabilidad, esto es, aquellas que satisfacen las exigencias del “**test de procedencia**” de que trata el título 3 supra **resulta razonable y proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 en lo que respecta a la exigencia de densidad de semanas de cotización**, a pesar de que su condición de invalidez se hubiere estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003”. (Negrilla fuera de texto)

Así entonces, indicó que el “*Test de Procedencia*” se circunscribe al cumplimiento de la totalidad de los siguientes condicionamientos:

Test de Procedencia	
Primera condición	Debe establecerse que el accionante además de ser una persona en situación de invalidez, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia, desplazamiento o padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa.

⁴ SL2187-2022

Segunda condición	Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.
Tercera condición	Debe establecerse que el accionante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas por las disposiciones vigentes al momento de la estructuración de la invalidez
Cuarta condición	Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

La Sala mayoritaria, revisado el precedente de la Sala de Casación Laboral, considera que resultan oportunos y se comparten los motivos por los cuales aquella Corporación se aparta del precedente de la Corte Constitucional frente a la aplicación ultraactiva de leyes que no correspondan a la inmediatamente anterior a la norma que rige la pensión, en virtud de dicho principio. Criterio jurídico que esta Sala mayoritaria acoge. Es así como en sentencia SL184-2021, si bien se refiere a un caso de pensión de sobrevivientes, los mismos argumentos resultan aplicables para este caso, pues en ella no se da acogida a la aplicación del test de procedencia, en los siguientes términos:

“A juicio de esta Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la práctica, esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Así mismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y de retrospectividad.

Por otra parte, la aplicación ultractiva de normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la disposición aplicable, en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional, con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, según el criterio de la Sala, no es posible (CSJ SL 1683-

2019, CSJ SL1685-2019, CSJ SL2526-2019, CSJ SL1592-2020, CSJ SL1881-2020, CSJ SL1884-2020, CSJ SL1938-2020, CSJ SL2547-2020 y CSJ SL3314-2020).

Por otra parte, debe advertirse que la financiación de todo sistema pensional depende de variables demográficas, fiscales o actuariales que deben ajustarse en diferentes momentos, de modo que las reformas en determinados contextos pueden privilegiar aspectos que antes no contemplaban o potenciar algunos de ellos, por ejemplo, darle mayor peso a la permanencia en la afiliación para la adquisición de un derecho pensional que a la sola acreditación de un número específico de semanas.

En consecuencia, la introducción de reglas ajenas a las legales puede alterar la estabilidad y las proyecciones financieras sobre las que se ha diseñado el sistema de pensional y comprometer la realización de los derechos de las generaciones futuras. Por este motivo, el reconocimiento de las pensiones debe sujetarse al cumplimiento estricto de cada una de las condiciones exigidas por las leyes para su causación y pago.

En síntesis, es preciso indicar que no se trata de desconocer el principio de la condición más beneficiosa sino de delinear correctamente su campo de aplicación y actualizarlo conceptualmente bajo la égida del modelo constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular, la solidaridad y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales sociales.

Por ello, de manera reiterada y pacífica esta Corporación ha adoctrinado que, respecto de las exigencias para acceder a la pensión de sobrevivientes, el juez no puede realizar un examen histórico de las leyes anteriores a fin de determinar la que más convenga a cada caso en particular.”

Dicha postura es la actualmente acogida por la Sala de Casación Laboral en sentencias SL1362-2022, SL2187-2022, SL1074 de 2021, etc.

2.1.2. Caso Concreto

En el presente caso, se vislumbra que mediante el formulario de calificación de la pérdida de capacidad laboral expedido por Seguros de Vida Alfa S.A emitido el 15 de julio de 2014, el demandante fue calificado con un 50% de PCL de origen común. Las patologías calificadas fueron deficiencia por síndrome túnel carpiano y trastornos mayores del humor (afectivos) asociados o no con alteraciones menores del humor (Págs. 30 a 31 Archivo 01PDF).

-A través de dictamen No 43800814 del 16 de agosto de 2014, la Junta Regional de Calificación de Invalidez calificó al actor por las mismas patologías, otorgándole un porcentaje del 54.69%, con fecha de estructuración 26 de marzo de 2014. Contra el mismo no se interpuso recurso alguno quedando en firme (Págs. 20 a 27, 89 a 96 y 183 a 191 Archivo 01PDF).

REPUBLICA DE COLOMBIA
MINISTERIO DEL TRABAJO
JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE VALLE DEL CAUCA
FORMULARIO DE DICTAMEN PARA CALIFICACION DE LA PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL Y DETERMINACION DE LA INVALIDEZ

T. PORCENTAJE DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL

Calificación:	%
Difícilmente:	31,18
Discapacitado:	7,00
Misma vejez:	15,10
% Total:	54,69

Estado PCL: Invalidez
 Fecha Estructuración PCL: 26/03/2014
Requiere Ayuda de Terceros:
Manuscrito: Decreto 917 de 1999

Nota: Esta calificación se basa en lo establecido en el decreto 917 de Mayo de 1999

B. CALIFICACION DEL ORIGEN

Enfermedad:	COMUN	Accidente:		Muerte:	
-------------	-------	------------	--	---------	--

C. RESPONSABLES DE LA CALIFICACION

Ante la prueba de oficio decretada por el juzgado de origen, la Junta Regional de Invalidez de Risaralda en dictamen No 16627983 - 1023 – 1 del 07 de octubre de 2021 calificó al actor. Dentro del análisis y conclusiones señaló:

"Llega el caso para revisión por solicitud del Juzgado donde solicitan y preguntan: 1. Practicar valoración completa de la fecha de estructuración del señor Cabrera Bedoya. 2. Especificar el señor Cabrera Bedoya en que fecha exacta alcanzo el 50% de PCL: Esta Corporación posterior a la revisión del caso establece que para el 26 de marzo de 2014 alcanza el estado de invalidez al persistir los síntomas generados por el trastorno del humor, aumentando la clase funcional de 1 a 3 lo que permite alcanzar el estado de invalidez con esta nueva calificación. 3. Indicar el señor Cabrera Bedoya para el 25 de mayo de 2013 que porcentaje de PCL tenía a la fecha. Para la fecha referida tenía una PCL total de 35.88%, por tanto, NO se encontraba en estado de invalidez pues el trastorno del humor era de clase 1. Por la evolución de su cuadro que continua con sintomatología sube a clase 3 para marzo de 2014 por tanto se considera que esa es la fecha que alcanza el estado de invalidez".⁵ (negrilla fuera de texto)

⁵ Flio 213 a 218 Archivo 01PDF

Dicha autoridad determinó el mismo porcentaje de pérdida de capacidad laboral dado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, al igual que la fecha de estructuración -26 de marzo de 2014-

7. Concepto final del dictamen		
Valor final de la deficiencia		31,19%
Discapacidad		7,00%
Mimusvalia		16,50%
Pérdida de la capacidad laboral		54,69%
Origen: Enfermedad	Riesgo: Común	Fecha de estructuración: 26/03/2014
Fecha declaratoria: 07/10/2021		
Sustentación fecha estructuración y otras observaciones: Se establece como fecha de estructuración la fecha de valoración por Psiquiatría al completar más de 2 años de tratamiento médico por esa especialidad por persistencia de síntomas y cronificación del tratamiento por no mejoría del mismo.		
Nivel de perdida: Invalidz	Muerte: No	Fecha de defunción:
Ayuda de terceros para ABC y AVD: No No	Ayuda de terceros para toma de decisiones: No	Requiere de dispositivos de apoyo: No
Enfermedad de alto costo/catastrófica: No	Enfermedad degenerativa: No	Enfermedad progresiva: No

8. Grado calificador		

En virtud de lo anterior, fuerza colegir que el dictamen emitido tanto por la Junta Regional de Calificación del Valle del Cauca y de Risaralda fueron unánimes en establecer como fecha de estructuración de la invalidez del actor el **26 de marzo de 2014**, con una pérdida de capacidad laboral del **54.69%**. Además, como lo señaló esta última junta, las patologías del actor no son degenerativas, catastróficas, ni progresivas.

Con el fin de determinar si el demandante acreditó las 50 semanas, se tiene en cuenta la historia laboral de Porvenir S.A., donde se observa que el accionante registra **596** cotizadas desde el mes de junio de 2001 hasta el mes de octubre de 2011, como también lo afirmó la parte demandante en la demanda. Por lo tanto, entre el 26 de marzo de 2011 al 26 de marzo de 2014, el actor no cuenta con las 50 semanas. Tan solo registra **38.61** semanas, como se evidencia a continuación⁶:

2011/03/11	201102	900043359	TURMALINA & DURANDO SAS	536,000	30	61,668	16,088	0	8,044	0	0	0
2011/04/20	201103	900043359	TURMALINA & DURANDO SAS	536,000	30	61,668	16,088	0	8,044	0	0	0
2011/05/11	201104	900043359	TURMALINA & DURANDO SAS	536,000	30	61,668	16,088	0	8,044	0	0	0
2011/06/17	201105	900043359	TURMALINA & DURANDO SAS	536,000	30	61,668	16,088	0	8,044	0	0	0
2011/07/15	201106	900043359	TURMALINA & DURANDO SAS	536,000	30	61,668	16,088	0	8,044	0	0	0
2011/08/10	201107	900043359	TURMALINA & DURANDO SAS	536,000	30	61,668	16,088	0	8,044	0	0	0
2011/09/21	201108	900043359	TURMALINA & DURANDO SAS	536,000	30	61,668	16,088	0	8,044	0	0	0
2011/10/31	201109	900043359	TURMALINA & DURANDO SAS	536,000	30	61,668	16,088	0	8,044	0	0	0
2011/11/16	201110	900043359	TURMALINA & DURANDO SAS	536,000	30	61,668	16,088	0	8,044	0	0	0

⁶ Págs. 13 a 14, 85 a 88, 159 a 167, 170 a 173, 178 a 181, Archivo 01PDF

Historial laboral completa



Además, no se vislumbra dentro del expediente certificado laboral que permita aumentar las semanas de cotización, ya sea con otra empresa o de manera independiente dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Por lo tanto, no cumple con los requisitos de la Ley 860 de 2003.

Finalmente, al no haberse estructurado el estado de invalidez de la parte actora hasta el **26 de diciembre del año 2006**, tampoco resulta procedente la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para determinar la procedencia de la pensión de invalidez con base en lo establecido en la Ley 100 de 1993 en su versión original, y no por lo señalado por el juez de primer grado.

8. Costas.

Dado el grado jurisdiccional de consulta, no se condenará en costas

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos Judiciales
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

En uso de permiso
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Actos Judiciales
Yuli Mabel Sánchez Quintero
Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente

Fabio Hernán Bastidas Villota

Diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001 31 05 015 2019 00465 01
Juzgado:	Quince Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Gonzalo Araque Pinzón
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Modifica sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional y reconocimiento pensión de vejez
Sentencia No.	233

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 324 emitida el 08 de octubre de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Pretende el demandante **i)** se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., realizada el 01 de enero de 1999; en consecuencia, se ordene a **ii)** Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes como cotizaciones junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales; **iii)** Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos de la ley 797 de 2003 a partir del 01 de abril de 2019, intereses moratorios, indexación, la indemnización de que trata los artículos 2341 y 2342 del C.C. y **iv)** y las costas y

agencias en derecho. **Subsidiariamente**, la indexación de las condenas. (folios 04 a 28 Archivo 01PDF)

2. Contestaciones de la demanda

2.1. Colpensiones, Porvenir S.A.

Colpensiones y Porvenir S.A. mediante escritos visibles a folios 106 a 113 Archivo 01 PDF y 12 a 32 Archivo 02 PDF, respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia No. 324 emitida el 08 de octubre de 2020. En su parte resolutiva, decidió: **Primero**, declarar no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados. **Segundo**, declarar la nulidad e ineeficacia del traslado que efectuara el demandante el 30 de noviembre de 1998, del régimen de RPM al RAIS Porvenir S.A. **Tercero**, condenar a Porvenir S.A. a devolver todos los dineros que haya en la cuenta como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales a las aseguradoras, todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos causados. En igual forma, los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio durante el periodo que administró los recursos del demandante. **Cuarto**, condenar a Colpensiones a vincular válidamente en el RPM al demandante; **Quinto**, condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez de carácter vitalicio al demandante a partir del 01 de abril del 2019. Señala el despacho como mesada pensional la suma de \$5.491.556, sin perjuicio de los incrementos que decrete el Gobierno por trece mensualidades al año. Como retroactivo se le adeuda al demandante desde el 01 de abril de 2019 hasta el 31 de octubre de 2020, la suma de \$112.917.911. Se ordena la indexación de cada una de las mesadas pensionales desde su causación hasta la fecha de su pago efectivo. **Sexto**, condenar en costas. **Séptimo**, en caso de no ser apelada, consúltese con el superior.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP tiene la obligación de suministrar información clara, completa y comprensible a sus afiliados al

momento de efectuarse el traslado, sin que en el asunto se acreditará el deber de información, resultando procedente la **ineficacia del traslado** en la afiliación al RAIS.

Por otro lado, indicó que el actor no es beneficiario del régimen de transición pues no cumple con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no tenía 40 años ni 15 años de servicios. De esta manera, la pensión se rige conforme la Ley 797 de 2003. En este caso, el actor cumplió con los requisitos para causar la **pensión de vejez**, debido a que tiene 1512 semanas y llegó a la edad de 62 años el 22 de septiembre de 2018. Por lo tanto, la pensión se reconocería desde esa data. Realizados los cálculos, el más favorable es de los últimos 10 años. El IBL arroja \$8.196.352. Que aplicada una tasa de reemplazo de 76.55% para una mesada pensional de \$5.461.556 para el año 2019. Adeudándose un retroactivo por trece mesadas de \$112.917.911. De igual forma, ordenó la indexación del retroactivo pensional.

4. La apelación.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A. formularon recurso de apelación.

4.2. Colpensiones

Señala que se opone al reconocimiento de la pensión de vejez, al valor de la mesada pensional calculada por valor de \$5.461.556, a la indexación y las costas. Dice que, en aras de salvaguardar los dineros públicos, la entidad que administra los aportes de sus afiliados, y con el fin de evitar un detrimento patrimonial, pide se revise o modifique la sentencia

4.3. Porvenir S.A.

Señaló que cumplió con el deber de información, en los términos establecidos en la Ley vigente para la fecha en la que aconteció el acto de cambio de régimen pensional, de manera que la decisión adoptada por el demandante lo fue de manera libre y voluntaria, las exigencias no se pueden aplicar de forma retroactiva. El actor estaba en toda la obligación de afiliarse, suscribió el formulario de afiliación, por lo que pide se le dé valor probatorio a dicho documento. Que debió retornar al RPM, sin embargo, no lo hizo, pese a los comunicados realizados por la entidad, permaneciendo por varios años en el fondo privado. Que el deber de información es de doble vía. Que el derecho pensional está

garantizado en ambos regímenes, razón por la cual, la excepción de prescripción debió prosperar.

Que en el asunto de marras debe darse aplicación al artículo 271 de la Ley de 1993, y no a la ineffectiveness, in that measure the presuppositions of the referred article 271 are not met. It says there is no place for the return of: **a)** administrative costs, due to the fact that these are caused by the management of the pension fund and **b)** insurance premiums, due to the absence of these in the individual savings account

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, se pronunciaron, así: Colpensiones en Archivo 05PDF y Porvenir S.A en Archivo 06PDF.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineffectiveness of the act of affiliation and/or transfer of the plaintiff to the Individual Savings Regime with Solidarity?

1.2. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, in virtue of the declaration of ineffectiveness of the act of affiliation or transfer of pension regime, in addition to contributions, financial returns, pension bonds if it had them, return to Colpensiones the administrative costs, the values by concept of insurance premiums and percentage destined to the Fund of Minimum Pension Guarantee, duly indexed, at the cost of its own resources?

1.3. ¿Es objeto de prescripción la acción that versa sobre la ineffectiveness of the transfer of the regime?

1.4. ¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento and pago of the pension of old age under article 33 of the Law 100 of 1993 modified by article 9^o of the law 797 of 2003?

1.5. De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿operó la prescripción de las mesadas pensionales? y de ser así: ¿procede la condena por retroactivo pensional?

1.6. ¿Es viable la condena por intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o de la indexación? ¿Es válido el descuento de aportes en salud?

1.7. ¿Es procedente imponer costas de primera instancia a cargo de Colpensiones?

2. Respuesta a los interrogantes.

2.1. ¿Fue acertado el declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

La respuesta es **positiva**. Fue acertada la decisión del *a quo* al declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP demostrar que la afiliación del demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado, cuya consecuencia jurídica sería la nulidad del acto jurídico, por eso se respalda la decisión del juez de primera instancia.

2.1.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su

afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que le asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente. Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de seguridad 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).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, en dicha providencia se puntualizó: “*el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente*” y que el acto de traslado: “*debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado*”.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no *imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.1.2. Caso concreto.

Se desprende de la historia laboral de Colpensiones¹, Porvenir S.A.², de la Historia válida para Bono Pensional³, de los formularios de afiliación⁴, que el demandante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPMPD, cotizó desde el 24 de noviembre de 1989 hasta el 30 de noviembre de 1998.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS: el accionante suscribió el formulario de afiliación para trasladarse a Porvenir S.A. el 23 de noviembre de 1998, con fecha de efectividad el 01 de enero de 1999 como se evidencia de la historia laboral.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, al demandante se le informó que el ISS se acabaría, razón por la cual, perdería sus derechos pensionales. No se le brindó información completa, comprensible sobre los beneficios e inconvenientes que implicaba su traslado de régimen, las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias respecto del régimen público, ventajas y desventajas.

Para la Sala, el fondo privado no demostró haber brindado, al demandante la información

¹ Carpeta 03ExpedienteAdministrativo (Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1608-20190920124437.PDF) y Archivos 01PDF y 12HistoriaLaboralColpensiones.pdf (cuaderno Tribunal)

² Archivo Archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf Páginas 77 a 81 y Archivo 02ExpedienteDigitalizado.pdf Páginas 42 a 57 y Archivo 10PruebaPorvenirRtaRequerimiento.pdf (cuaderno Tribunal)

³ Archivo Archivo 02ExpedienteDigitalizado.pdf Páginas 59 y 58 a 61

⁴ Archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf Páginas 34

suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiario del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por el actor, en el que consta que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

Por otro lado, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021). Por lo que no le asiste razón a la parte recurrente.

Frente al argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, 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 (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*. Por lo tanto, se despachará de manera desfavorable el argumento de la parte recurrente

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que la parte actora permaneció por varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible a los fondos privados.

También se no se acepta el argumento de la parte recurrente concerniente a que el deber de información es de doble vía. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le ataña frente al afiliado. Frente a este último tópico, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente fallo SL2937-2021 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86029, coligió:

“1. ¿Corresponde al afiliado solicitar información acerca de las características de los regímenes pensionales?

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

En ese contexto, encuentra la Sala que el Tribunal incurrió en el yerro que le endilga la censura, toda vez que le impuso la carga de pedir asesoría, pese a que, se itera, desde la creación del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones se concibió en cabeza de las AFP el deber de ilustrar en forma clara, precisa y oportuna a sus potenciales afiliados, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas”.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no atenta con el principio de la sostenibilidad financiera y no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, toda vez que los recursos que debe reintegrar las AFP a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineeficacia de los traslados, al no haberse demostrado que se suministró a la parte demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2 ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineeficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiera, retorne

a Colpensiones los gastos de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, a costa de sus propios recursos?

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales si los hubiera. Asimismo, los gastos de administración, primas por seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a cargo de su propio patrimonio y debidamente indexados. Por lo tanto, se adicionará la sentencia en ese sentido.

2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

De conformidad con lo consagrado en el inciso 2º del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado. La viabilidad de trasladar dichos conceptos se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineeficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

La devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculado a las mismas, se ajusta a derecho. En providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: “...*la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.* Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, **las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**”. Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.

Finalmente, deviene procedente ordenar la devolución del **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, por cuanto el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021). Asimismo, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021.

Asimismo, la jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada. Al respecto, se señaló en sentencia SL3199-2021 lo siguiente:

“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

Así, se adicionará el numeral cuarto de la sentencia, en el sentido de ordenar la devolución del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima

debidamente indexado, dado que la decisión se conoce en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones

2.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la **prescripción** no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado. De esta manera, no le asiste razón a la parte recurrente

2.4. ¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003?

La respuesta a este interrogante es **positiva**. Luego de declararse la ineficacia del traslado, es viable que se proceda a otorgar la pensión de vejez por acreditarse los requisitos establecidos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

2.4.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

Declarada la ineficacia de traslado y demostrados los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, esto es, de 62 años de edad en el caso de los hombres, que, en el caso del demandante, se acreditó con copia de la cedula de ciudadanía, pues nació el 22 de septiembre de 1956⁵, y cuenta con más de 1300 semanas de cotización al sistema. Así al advertirse que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES acumuló **467.71** semanas de cotización, entre el 24 de noviembre de 1989 hasta el 30 de noviembre de 1998⁶.

⁵ Archivo 0 01ExpedienteDigitalizado.pdf página 33

⁶ Carpeta 03ExpedienteAdministrativo (Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1608-20190920124437.PDF) y Archivos 01PDF y 12HistoriaLaboralColpensiones.pdf (cuaderno Tribunal)



COLPENSIONES NIT 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERÍODO DE INFORME: Enero 1967 - mayo/2023
ACTUALIZADO A: 24 mayo 2023

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía
Número de Documento: 79234742
Nombre: GONZALO ARAQUE PINZON
Dirección: CL 26 # 6 - 30 BR CENTRO OFIC. 601
Estado Afiliación: Trasladado

Fecha de Nacimiento: 22/09/1956
Fecha Afiliación: 24/11/1968
Correo Electrónico: garaquep@telmex.net.co
Ubicación:

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrarás el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

(1) Identificación Aportante	(2) Nombre o Razón Social	(3) Desde	(4) Hasta	(5) Último Salario	(6) Semanas	(7) Lle	(8) Sin	(9) Total
801161030309	ELECTRIFICADORA DE B	24/11/1968	31/12/1994	\$880.000	285.29	0.00	0.00	285.29
80116002176	ELECTRIFICADORA DE B	8/10/1948	31/12/1996	\$601.000	4.29	0.00	0.00	4.29
80116002176	ELECTRIFICADORA DE B	8/10/201968	30/11/1996	\$893.000	42.89	0.00	0.00	42.89
80116002176	ELECTRIFICADORA DE B	8/12/1968	31/12/1996	\$714.000	4.29	0.00	0.00	4.29
80116002176	ELECTRIFICADORA DE B	8/10/1968	28/12/1996	\$718.000	8.37	0.00	0.00	8.37
80116002176	ELECTRIFICADORA DE B	8/10/1968	21/09/1996	\$880.000	12.89	0.00	0.00	12.89
80116002176	ELECTRIFICADORA DE B	8/10/1968	28/08/1996	\$887.000	4.29	0.00	0.00	4.29
80116002176	EMPRESA DE ENERGIA D	8/10/1968	25/12/1996	\$881.000	26.71	0.00	0.00	26.71
80116002176	EMPRESA DE ENERGIA D	8/10/1968	31/12/1997	\$1.147.000	4.29	0.00	0.00	4.29
80116002176	EMPRESA DE ENERGIA D	8/10/1968	30/11/1997	\$1.088.000	42.89	0.00	0.00	42.89
80116002176	EMPRESA DE ENERGIA D	8/12/1968	31/12/1997	\$1.278.000	4.29	0.00	0.00	4.29
80116002176	EMPRESA DE ENERGIA D	8/10/1968	28/02/1998	\$1.085.000	8.37	0.00	0.00	8.37
80116002176	EMPRESA DE ENERGIA D	8/10/1968	31/03/1998	\$1.154.000	4.29	0.00	0.00	4.29
80116002176	EMPRESA DE ENERGIA D	8/10/1968	30/11/1998	\$1.293.000	34.29	0.00	0.00	34.29
							(10) TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 467.71	
							(11) SEMANAS COTIZADAS CON TIEMPO DE ALTO RENDIMIENTO LOCALIZADAS EN EL CAMPO DE "TOTAL SEMANAS COTIZADAS": 0.00	

Con Porvenir S.A., acorde con la historia laboral actualizada registra **1.054.02⁷** semanas desde el 1º de enero de 1999 y el 30 de octubre de 2020.

I Historia Laboral Consolidada



• ¿Por qué estas semanas no hacen parte de las que se muestran en la sección consolidada?
 Porque las entidades públicas no han enviado los aportes pertinentes.

Las semanas cotizadas tanto en Colpensiones como en Porvenir S.A reflejan un total de **1.521.91**.

Ahora bien, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala se encuentra habilitada para revisar los parámetros considerados y definidos por el

⁷ Archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf Páginas 75 a 81

juzgado de instancia, con base en los cuales condenó a dicha entidad al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de vejez a favor del señor Gonzalo Araque Pinzón.

En esa medida, el fallador de primera instancia estimó que el actor acreditó **1.512** semanas cotizadas, sin embargo, de la verificación del historial de capital en Porvenir S.A. y Colpensiones⁸, se concluye que lo acumulado hasta el mes de octubre de 2020, asciende a **1.525 semanas⁹**.



Al efecto, se tiene que el reporte de Porvenir S.A. incorpora en el acápite de “semanas cotizadas en las Entidades Públicas” 30 días para el periodo comprendido entre el 01 al 30 de diciembre de 1998¹⁰, pero no se contabilizan en la historia laboral actualizada del 23 de mayo de 2023, aportada por Colpensiones. No obstante, si se observa que fue incluido en la historia laboral del fondo privado a efectos de sumar las semanas cotizadas

Asimismo, se evidencia que el Juez de primer grado también desconoció que el demandante realizó cotizaciones al sistema general de pensiones hasta octubre de 2020, pese a que la demanda se presentó el 09 de septiembre de 2019¹¹, por lo que no había lugar a ordenar el pago de la mesada pensional desde el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación, sino desde la desafiliación efectiva del sistema, esto es, desde la última cotización toda vez que los ingresos por los que se cotizaron estos periodos inciden en el aumento de la mesada pensional.

De conformidad a las acotaciones antes realizadas, procede la Sala a liquidar la pensión de vejez, teniendo en cuenta el ingreso base de cotización de los 10 últimos años, que resulta más favorable, esto es entre el 01 de julio de 2009 y el 30 de octubre de 2020. Lo anterior, por cuanto de la historial laboral se observa que la parte realizó cotizaciones hasta marzo de 2019. Luego retornó en agosto de 2020 hasta octubre de esa anualidad.

⁸ Carpeta 10HistoriaLaboralColpensiones202100199, Archivos GRP-SCH-HL-66554443332211_1983-20210514030303 y GRP-SCH-HL-66554443332211_1983-20210514024151, Archivo 07ContestacionPorvenirSa202100199 Páginas 106 a 109, 97 a 99 y 100 a 105

⁹ Archivo 10PruebaPorvenirRtaRequerimiento.pdf (cuaderno tribunla)

¹⁰ Traslado de aportes

¹¹ 01ActaReparto (flio 99 Archivo 01PDF)

LIQUIDACIÓN DEL IBL PENSIONAL PROMEDIO ÚLTIMOS AÑOS										*AÑO	*Mes	
PERIODOS DE COTIZACIÓN						FECHA DONDE SE HIZO LA ÚLTIMA COTIZACIÓN :				2020	10	PROMEDIO SALARIAL:
DESDE			HASTA			# Días	INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC, mensual del periodo)	IPC FINAL	IPC INICIAL	INGRESO MENSUAL ACTUALIZADO Ó INDEXADO		
Año	*Mes	Día	Año	*Mes	Día							
2009	07	01	2009	12	31	180	\$ 5.236.000,00	103,80	69,80	\$ 7.786.487,11	\$389.324,36	
2010	01	01	2010	01	31	30	\$ 5.316.000,00	103,80	71,20	\$ 7.750.011,24	\$64.583,43	
2010	02	01	2010	11	30	300	\$ 5.340.000,00	103,80	71,20	\$ 7.785.000,00	\$648.750,00	
2010	12	01	2010	12	31	30	\$ 5.518.000,00	103,80	71,20	\$ 8.044.500,00	\$67.037,50	
2011	01	01	2011	12	31	360	\$ 5.510.000,00	103,80	73,45	\$ 7.786.766,51	\$778.676,65	
2012	01	01	2012	12	31	360	\$ 5.715.000,00	103,80	76,19	\$ 7.786.021,79	\$778.602,18	
2013	01	01	2013	01	31	30	\$ 5.841.000,00	103,80	78,05	\$ 7.768.043,56	\$64.733,70	
2013	02	01	2013	12	31	330	\$ 5.855.000,00	103,80	78,05	\$ 7.786.662,40	\$713.777,39	
2014	01	01	2014	01	31	30	\$ 5.889.000,00	103,80	79,56	\$ 7.683.235,29	\$64.026,96	
2014	02	01	2014	11	30	300	\$ 5.969.000,00	103,80	79,56	\$ 7.787.609,35	\$648.967,45	
2014	12	01	2014	12	31	30	\$ 9.916.000,00	103,80	79,56	\$ 12.937.164,40	\$107.809,70	
2015	01	01	2015	01	31	30	\$ 7.799.844,00	103,80	82,47	\$ 9.817.191,79	\$81.809,93	
2015	02	01	2015	02	28	30	\$ 7.059.000,00	103,80	82,47	\$ 8.884.736,27	\$74.039,47	
2015	03	01	2015	07	31	150	\$ 6.800.000,00	103,80	82,47	\$ 8.558.748,64	\$356.614,53	
2015	08	01	2015	08	31	30	\$ 7.091.000,00	103,80	82,47	\$ 8.925.012,73	\$74.375,11	
2015	09	01	2015	09	31	30	\$ 6.798.000,00	103,80	82,47	\$ 8.556.231,36	\$71.301,93	
2015	10	01	2015	10	31	30	\$ 8.098.000,00	103,80	82,47	\$ 10.192.462,71	\$84.937,19	
2015	11	01	2015	11	30	30	\$ 7.448.000,00	103,80	82,47	\$ 9.374.347,04	\$78.119,56	
2015	12	01	2015	12	31	30	\$ 15.960.000,00	103,80	82,47	\$ 20.087.886,50	\$167.399,05	
2016	01	01	2016	01	31	30	\$ 7.953.000,00	103,80	88,05	\$ 9.375.597,96	\$78.129,98	
2016	02	01	2016	02	29	30	\$ 9.107.000,00	103,80	88,05	\$ 10.736.020,44	\$89.466,84	
2016	03	01	2016	11	30	270	\$ 7.259.000,00	103,80	88,05	\$ 8.557.458,26	\$641.809,37	
2016	12	01	2016	12	31	30	\$ 16.793.000,00	103,80	88,05	\$ 19.796.858,60	\$164.973,82	
2017	01	01	2017	01	31	30	\$ 9.196.000,00	103,80	93,11	\$ 10.251.796,80	\$85.431,64	
2017	02	01	2017	02	28	30	\$ 7.676.000,00	103,80	93,11	\$ 8.557.284,93	\$71.310,71	
2017	03	01	2017	05	31	90	\$ 7.675.949,00	103,80	93,11	\$ 8.557.228,08	\$213.930,70	
2017	06	01	2017	06	30	30	\$ 10.377.234,00	103,80	93,11	\$ 11.568.648,79	\$96.405,41	
2017	07	01	2017	11	30	150	\$ 7.675.949,00	103,80	93,11	\$ 8.557.228,08	\$356.551,17	
2017	12	01	2017	12	31	30	\$ 12.777.304,00	103,80	93,11	\$ 14.244.271,88	\$118.702,27	
2018	01	01	2018	01	31	30	\$ 7.937.571,00	103,80	96,92	\$ 8.501.030,44	\$70.841,92	
2018	02	01	2018	05	30	120	\$ 7.989.896,00	103,80	96,92	\$ 8.557.069,80	\$285.235,66	
2018	06	01	2018	06	30	30	\$ 10.012.314,00	103,80	96,92	\$ 10.723.051,93	\$89.358,77	
2018	07	01	2018	07	31	30	\$ 8.529.206,00	103,80	96,92	\$ 9.134.663,46	\$76.122,20	
2018	08	01	2018	11	30	120	\$ 7.989.896,00	103,80	96,92	\$ 8.557.069,80	\$285.235,66	
2018	12	01	2018	12	31	30	\$ 13.116.085,00	103,80	96,92	\$ 14.047.148,40	\$117.059,57	
2019	01	01	2019	01	31	30	\$ 8.210.098,00	103,80	100,00	\$ 8.522.081,72	\$71.017,35	
2019	02	01	2019	02	29	30	\$ 8.243.975,00	103,80	100,00	\$ 8.557.246,05	\$71.310,38	
2019	03	01	2019	03	31	30	\$ 8.244.375,00	103,80	100,00	\$ 8.557.661,25	\$71.313,84	
2020	08	01	2020	08	30	30	\$ 12.278.125,00	103,80	103,80	\$ 12.278.125,00	\$102.317,71	
2020	09	01	2020	09	31	30	\$ 14.166.610,00	103,80	103,80	\$ 14.166.610,00	\$118.055,08	
2020	10	01	2020	10	31	30	\$ 13.222.170,00	103,80	103,80	\$ 13.222.170,00	\$110.184,75	

*	(Sumatoria de Promedios)	\$8.699.650,86
*IBL a fecha de la última cotización		

Total Días	3600
# Semanas	514,29

2020	CÁLCULO TASA DE REEMPLAZO Y MESADA PENSIONAL INICIAL CON LA LEY 797 DE 2003 (Desde el año 2004 en adelante)					
*IBL	*SMILV	S * 0,5	# semanas	% adic.	% Tasa Reemp	Mesada Pensional Inicial

\$8.699.650,86 877803 4,955 1.525 6 66,54 \$5.789.151,79

Consecuente con lo anterior, es claro que la mesada pensional es superior a la determinada por el a quo, no obstante, se modificará toda vez que se toman en cuenta hasta la última semana cotizada, a diferencia del a quo. Si bien se conoce en el grado jurisdiccional a favor de Colpensiones, no se puede señalar que se modifica en perjuicio de esta toda vez que el

retroactivo que se reconocerá será a partir de la última cotización como acto del que se infiere su voluntad de desafiliación, octubre de 2020, y no del año 2019 como la reconoció el juez de primera instancia. Es de precisar que, conforme a la evolución de la mesada pensional, aquella asciende a **\$7.028.184,07** para el año **2023**

EVOLUCIÓN		MESADAS	
2020		1,61%	\$5.789.151,79
2021		5,62%	\$ 5.882.357,13
2022		13,12%	\$ 6.212.945,60
2023		13,12%	\$ 7.028.084,07

Frente al número de mesadas pensionales, el inciso 8.^º del artículo 1.^º del Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que “*las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año*”, salvo que «*perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año*”, conforme lo dispuso el parágrafo 6.^º de la misma normativa.

Así las cosas, a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la mesada adicional de junio fue derogada, salvo para los pensionados por vejez, invalidez y sobrevivientes que percibían pensión igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales y **cuya prestación se haya causado antes del 31 de julio de 2011, quienes mantendrán el derecho a catorce mesadas**.

En tal sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL2054-2019 señaló:

“*(...) Del anterior recuento se concluye que: (i) en virtud de la sentencia CC C-409-1994, la mesada adicional de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los pensionados sin excepción; (ii) a partir de la vigencia del Acto legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), dicha prerrogativa fue derogada, salvo para quienes recibieran pensiones iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y (iii) tal beneficio se extinguirá definitivamente a partir del 31 de julio de 2011 por virtud de la citada norma supralegal, es decir, las pensiones causadas con posterioridad a tal fecha no pueden ser reconocidas en 14 mesadas al año.”*

Premisas normativas y jurisprudenciales que, al aterrizarlas al caso, permite dilucidar que la actora causó el derecho a la pensión de vejez el 01 de abril de 2019, es decir, en calenda posterior a al **31 de julio de 2011**, por lo cual, no quedó amparado por los beneficios contenidos en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, en armonía con la

sentencia de la Corte Constitucional C-409-1994. Confirmándose entonces, las 13 mesadas anuales en favor de la parte activan.

2.5 ¿operó la prescripción de las mesadas pensionales? y de ser así: ¿Procede la condena por retroactivo pensional?

La respuesta al primera es **negativa** y la segunda **positiva**. Procede el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, y para ello, debe tener en cuenta la prescripción causada sobre las mesadas pensionales. El demandante tiene derecho al retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde el **01 de noviembre de 2020**, sin que estas fueran afectadas con el fenómeno prescriptivo.

2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

Al punto, los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y S.S., establecen un término trienal de prescripción de los derechos y las acciones que emanen de leyes sociales, el cual se cuenta desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Este es susceptible de interrupción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

No obstante, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia nacional, la pensión es un derecho imprescriptible. Lo que se afecta con este fenómeno son las mesadas y/o diferencias causadas en favor del pensionado (CSJ SL4345 del 17 de agosto de 2021, Radicación No. 79480).

2.5.1 Caso en concreto.

En este caso, la demanda se presentó el 09 de septiembre de 2019¹², de modo que no operó el fenómeno de la prescripción para las mesadas pensionales causadas desde el 01 de noviembre de 2020.

Por tanto, el retroactivo pensional al 30 de junio de 2023 corresponde a **\$ 216.774.895**

¹² 01ActaReparto (flio 99 Archivo 01PDF)

Fecha Inicial	Fecha Final	Valor Mesada	Mesadas	Total
01/11/2020	31/12/2020	\$ 5.789.151,79	3	\$ 17.367.455,37
1/01/2021	31/12/2021	\$ 5.882.357,13	13	\$ 76.470.642,69
1/01/2021	31/12/2021	\$ 6.212.945,60	13	\$ 80.768.292,8
1/01/2022	30/06/2022	\$ 7.028.084,07	6	\$ 42.168.504,42
				\$ 216.774.895

2.6. ¿Es viable la condena por intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o de la indexación? ¿Es válido el descuento de aportes en salud?

La respuesta es al primer interrogante es **negativa**, por las razones que pasan a exponerse

2.6.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993

Los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 propenden proteger al beneficiario con derecho a la pensión cuando se presente un retardo injustificado en el reconocimiento y pago de la prestación. De estos se predica una naturaleza resarcitoria y no sancionatoria. Por ende, deben ser impuestos con independencia de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor. Lo anterior, siempre que se demuestre el retardo injustificado en el pago de la prestación pensional, pues se trata de aminorar los efectos adversos que éste produce al acreedor¹³.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU – 065 de 2018, sostuvo que las administradoras pensionales están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, con independencia que su derecho se reconozca con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que, no en todos los casos es imperativo condenar a los intereses moratorios, razón por la cual, ha definido una serie de circunstancias excepcionales y específicas en los que se exonera

¹³ CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 42783 que reiteró lo dicho en sentencia CSJ, 23 sep. 2002, rad. 18512.

de su pago. Entre ellas, se encuentran: **i)** Cuando la negativa de las entidades para reconocer las prestaciones a su cargo, tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL 704-2013); **ii)** Se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial¹⁴; **iii)** cuando existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; **iv)** cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; **v)** cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; **vi)** cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y **vii)** cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL5079-2018).

Se precisa que, los intereses moratorios proceden a partir del día siguiente al vencimiento de los cuatro (4) meses que confiere la ley para resolver la solicitud. Ello, en aplicación de los artículos 19 del Decreto 656 de 1994 y 9º de la Ley 797 de 2003. En el mismo sentido en fallos CSJ SL4985-2017 y SL1225-2021.

En el asunto bajo revisión, se tiene que el fallador de primer grado se abstuvo del reconocimiento de los mencionados intereses moratorios, debido a que el sólo con la sentencia que declara la nulidad de traslado se hace obligatorio el reconocimiento de la pensión para Colpensiones, por ende, acertada fue la decisión de ordenar el pago del retroactivo pensional indexado.

2.7 Descuentos aportes en salud

Sobre este tópico, es de resaltar que dicha retención constituye una condición esencial, necesaria e ineludible al reconocimiento de la pensión, que opera por virtud de la ley (artículo 143 de la Ley 100 de 1993) y que se encuentra relacionada con los principios que irradian al sistema general de seguridad social, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia 47528 del 6 de marzo de 2013, así como la H. Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Adicionalmente, numeral 1º del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, dispone:

“Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y

¹⁴ CSJ SL 787-2013, rad. 43602, reiterada en la sentencia CSJ SL2941-2016

los trabajadores independientes en capacidad de pago (...)"

Luego, el artículo 203 de la Ley 100 de 1993 establece que las personas a las que se refiere el artículo en cita son afiliados obligatorios del régimen contributivo, por tanto, deben cumplir con las obligaciones contempladas en el artículo 160 del mismo texto normativo, entre ellas el pago de las correspondientes cotizaciones. De esta manera, se adicionara a la sentencia de primer gardo este concepto.

2.8. ¿Es procedente imponer costas de primera instancia a cargo de Colpensiones?

La respuesta es **positiva**. En lo que atañe a la condena en costas de primera instancia frente a Colpensiones S.A. es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes. El actuar precedido de la buena fe y la conducta procesal de la demandada, no sirve de fundamento para exonerar de las costas a la parte vencida, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos (CSJ SL8771-2015) Por lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por la *a quo* a la entidad demandada.

3. Costas.

Costas a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones y a favor de la parte actora, al no resultar procedente la apelación interpuesta.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia de primera instancia para ordenar a Porvenir S.A. reintegrar a Colpensiones los valores por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de

Garantía de Pensión Mínima, **debidamente indexados**, a costa de sus propios recursos y por el tiempo en que permaneció afiliado el demandante.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL QUINTO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de condenar a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones-, a reconocer y pagar la pensión de vejez al señor Gonzalo Araque Pinzón en cuantía de **\$5.789.151,79, a partir del 01 de noviembre de 2020**, por trece mesadas al año. El retroactivo pensional causado entre el 01 de noviembre de 2020 y el 30 de junio de 2023 asciende a **\$ 216.774.895**, el cual deberá ser indexado al momento de su pago. Sumas respecto de la cual se autoriza a la AFP realizar los correspondientes descuentos de aportes al Sistema General de Salud. La mesada para el año 2023 asciende a **\$7.028.084,07**.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia la apelante, Porvenir S.A. y Colpensiones y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: Notifíquese esta decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

En uso de permiso
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Actos judiciales

Call-Vaile

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali

Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-020- 2022-00114-01
Juzgado de origen:	Veinte Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Soraida Burgos Mera
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Confirmación de sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	229

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Colpensiones, contra la sentencia No. 58 emitida el 30 de marzo de 2023. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- en Protección S.A. En consecuencia, se condene a Protección S.A. a trasladar los aportes junto con los rendimientos financieros. Asimismo, requiere lo ultra y extra petita y el pago

de costas procesales y agencias en derecho. (Folios 03 a 23 Archivo 03 PDF y Archivo 06 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones, Protección S.A. y Ministerio Público.

Colpensiones y Protección S.A. mediante escritos visibles a folios 03 a 32 Archivo 11 PDF y 02 a 20 Archivo 12 PDF y Archivo 19 PDF, respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.). El Ministerio Público intervino a folios 02 a 07 Archivo 16 PDF.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia No. 58 emitida el 30 de marzo de 2023. En su parte resolutiva, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones planteadas por las demandadas. **Segundo**, declarar la ineeficacia de la afiliación y/o traslado de la señora Soraida Burgos Mera del RPM administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Colmena ahora Protección S.A., realizado el 15 de mayo de 1995 con fecha de efectividad el 01 de junio de 1995 y posteriormente a Protección S.A, el 10 de marzo de 1997 con fecha de efectividad el 01 de mayo de 1997. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia. **Tercero**, condenar a Protección S.A., a transferir a Colpensiones todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante que hubiere recibido con motivo de la afiliación, por ende, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, toda vez que, estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, igualmente los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados y detallados con toda la información relevante que los justifiquen. **Cuarto**, ordenar a Colpensiones a aceptar el traslado de la actora al RPM, esto es a

Colpensiones. **Quinto**, costas a la parte demandada. **Sexto**, la presente de no ser apeladas, consultese.

3.2. Para adoptar tal determinación, señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y suficiente al momento de efectuarse el traslado, dando a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar. En caso de omitir dicho deber por parte del fondo, se debe declarar la nulidad del acto de afiliación, pues no basta la firma en el formulario de afiliación para demostrar la asesoría brindada.

4. La apelación.

Contra esa decisión, el apoderado judicial de Colpensiones formuló recurso de apelación.

4.1. Colpensiones

La apoderada de Colpensiones indica que: **(i)** la demandante se encuentra a menos de 10 años de acceder a la pensión de vejez, por tanto, está inmersa en la prohibición, y no es viable su retorno al régimen de prima media con prestación definida; **ii)** En el asunto no se demostró la falta de consentimiento para la suscripción del formulario de afiliación, ratificando dicha decisión con su permanencia por más de 15 años en el RAIS; **(iii)** no se tuvo en cuenta la carga dinámica de la prueba, pues la parte actora no aportó proyección pensional u otro documento que demuestre los beneficios perdidos con el cambio de régimen pensional o los motivos para retornar al régimen público; **iv)** En el asunto se tiene que la actora no es un afiliado lego, pues es una persona con un nivel educativo profesional, de manera que podía analizar la incidencia en su futuro pensional, aunado que pudo informarse durante todo el tiempo que estuvo en el fondo de pensiones; **v)** Sostuvo que el deber de información de la AFP se cumplió conforme a lo establecido a la legislación vigente para el momento; **vi)** no se demostró el asalto de la buena fe de la parte actora; **vii)** no existe ningún esfuerzo procesal de la demandante para probar los vicios del consentimiento alegados; **viii)** Se revoque la condena en costas; **ix)** en caso de confirmarse la sentencia se ordene reintegrar todos los valores que contengan la cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, bonos pensionales, rendimientos, seguros previsionales, gastos de administración, frutos y mejoras y la indexación.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales previo traslado para alegatos de conclusión, guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineeficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿Se debe ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineeficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiera, retorne a Colpensiones los gastos de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, a costa de sus propios recursos?

1.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineeficacia del traslado de régimen?

1.4. ¿Es procedente imponer costas de primera instancia a cargo de Colpensiones?

2. Respuesta a los problemas jurídicos

2.1 ¿Fue acertado declarar la ineeficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la a quo de declarar la ineeficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a Protección S.A. demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente

informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineffectuación se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado 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).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntuó en dicha providencia que: "*el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente*" y que el acto de traslado: "*debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado*".

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Se desprende de la historia laboral de Colpensiones¹, de Protección S.A.², del formulario de afiliación³, de la certificación SIAFP⁴ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁵, que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, desde el mes de junio de 1991 hasta mayo de 1995.
- b. Según el formulario de vinculación y la historia laboral, la actora se trasladó de la siguiente manera:

Vinculaciones para : CC 31173488							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado régimen	1995-05-15	2004/04/15	COLMENA	COLPENSIONES		1995-05-01	1997-04-30
Traslado de AFP	1997-03-10	2004/04/15	PROTECCION COLMENA			1997-05-01	
2 registros encontrados, visualizando todos registros.							
Vinculaciones migradas de Marequique para: CC 31173488							
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada		
1995-05-15	1995-06-13	01	AFLUACION	COLMENA			
1997-03-10	1998-04-17	07	TRASLADO DE ENTRADA	PROTECON	COLMENA		
1997-03-10	1997-05-07	03	TRASLADO DE SALIDA	COLMENA	PROTECON		
3 registros encontrados, visualizando todos registros.							
1							

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, nunca le informaron sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría la pensión en el RPM, las ventajas y desventajas de dicho traslado.

Para la Sala, Protección S.A. no demostró que haya brindado, a la demandante, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiario del mismo (SL4811-2020). Las documentales aportadas

¹ Fls. 25 a 27 Archivo 01PDF

² Fls. 12 a 27 Archivo 04 PDF y 25 a 40 y 44 a 60Archivo 12 PDF

³ Fls. 11 Archivo 03 PDF y 20 a 22 Archivo 12 PDF

⁴ Fls. 64 Archivo 12 PDF

⁵ Fls 28 Archivo 04 PDF y 23 a 24 y 41 a 43 Archivo 12 PDF

solo dan cuenta de la historia laboral y la administradora a la que ha estado afiliada la accionante.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que, la demandante permaneció por varios años en el RAIS, y le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen requisitos sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen”. Por lo que no le asiste razón a Colpensiones.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los trasladados 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 a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. Sin que tampoco se entienda ratificada la voluntad de permanecer en el RAIS, con el tiempo que duró el actor vinculado al fondo privado o la realización de cotizaciones.

Nótese adicionalmente, que Colpensiones alega que el demandante no es un afiliado lego debido a que cuenta con un nivel educativo profesional lo que le permitía discernir las consecuencias del cambio de régimen pensional, sin embargo, no se demostró con ningún medio de prueba que efectivamente el demandante fuera un experto conocedor del sistema general de pensiones, tal y como lo es la abogada apelante.

En cuanto al deber del actor de aportar proyecciones pensionales, obvió la apoderada de

Colpensiones, que dicha carga se cumplió por medio de la AFP Protección S.A., fondo de pensiones que aportó la historia laboral de la demandante en la que se observa un IBC para el año 2022 de \$2.910.185, \$3.300.000 y \$4.980.000⁶ y la comunicación que dicha AFP dirigió al demandante el día 09 de marzo de 2022, informándole que la mesada pensional en dicho régimen correspondería \$1.000.014⁷.

Aunado a lo anterior, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

Frente al argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, 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 (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*. Por lo tanto, se despachará de manera desfavorable el argumento de la recurrente.

En cuanto a este último tópico, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente fallo SL2937-2021 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86029, coligió:

“1. ¿Corresponde al afiliado solicitar información acerca de las características de los regímenes pensionales?

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un

⁶ Flio 42 Archivo 19PDF

⁷ Flio 07 a 10 Archivo 04 PDF

servicio público.

En ese contexto, encuentra la Sala que el Tribunal incurrió en el yerro que le endilga la censura, toda vez que le impuso la carga de pedir asesoría, pese a que, se itera, desde la creación del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones se concibió en cabeza de las AFP el deber de ilustrar en forma clara, precisa y oportuna a sus potenciales afiliados, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas".

Por último, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar el fondo privado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineeficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Protección S.A. suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2. ¿Se debe ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineeficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiera, retorne a Colpensiones los gastos de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, a costa de sus propios recursos?

La respuesta es **positiva**. Protección S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales si los hubiera. Asimismo, los gastos de administración, primas por seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a cargo de su propio patrimonio y debidamente indexados. Razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia objeto de apelación y consulta.

2.2.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

De conformidad con lo consagrado en el inciso 2º del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineeficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Protección S.A. asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la afiliada estuvo vinculada a cada uno de los fondos privados del RAIS, en providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: “...*la declaratoria de ineeficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional*. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, **las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**”.

Frente a la devolución del **bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que la demandante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario, se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento (SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros). Siendo esto así, la providencia reprochada no merece reparo alguno.

Finalmente, deviene procedente ordenar la devolución del **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, por cuanto el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021). Asimismo, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021.

Asimismo, la jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada. Al respecto, se señaló en sentencia SL3199-2021 lo siguiente:

“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

De esta manera, no le asiste razón a la apoderada judicial de Colpensiones, toda vez que el juez de primera instancia ordenó transferir a Colpensiones todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como: los saldos de su cuenta de ahorro, rendimientos en virtud de sus cotizaciones, bonos pensionales a que haya lugar. De igual forma, los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros

previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Se indicó que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán estar discriminados y detallados. Sin embargo, la parte recurrente pasó por alto lo señalado por el a quo.

2.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la **prescripción** no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado.

2.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a Colpensiones?

La respuesta es **positiva**. En lo que atañe a la condena en costas de primera instancia frente a Colpensiones, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes. El actuar precedido de la buena fe y la conducta procesal de la demandada, no sirve de fundamento para exonerar de las costas a la parte vencida, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos (CSJ SL8771-2015), más aún cuando en el presente asunto la demandada, se opuso desde el inicio a la prosperidad de las pretensiones de la actora. Por lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el a quo a la entidad demandada.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones, en favor de la demandante

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Colpensiones, en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

En uso de permiso
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Actos judiciales
Yuli Mabel Sánchez Quintero
Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-013- 2022-00279-01
Juzgado de origen:	Trece Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Juan Carlos Sarmiento Camargo
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	230

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por las apoderadas judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A, contra la sentencia No 63 emitida el 28 de abril de 2023. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -

RAIS- en Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a dicha entidad que retorne las cotizaciones con sus rendimientos, gastos de administración, y demás acreencias. Finalmente, pide lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho (Folios 06 a 24 Archivo 01 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Porvenir S.A., Colpensiones y el Ministerio Público

Porvenir S.A., mediante escritos visibles a folios 02 a 25 Archivo 06 PDF y Colpensiones a folios 03 a 15 Archivo 07PDF, respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.). El Ministerio Público intervino a folios 02 a 07 Archivo 10PDF.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *a quo* dictó sentencia No 63 emitida el 28 de abril de 2023. En su parte resolutiva, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante en Porvenir S.A. **Tercero**, condenar a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones todos los recursos de la cuenta de ahorro individual con rendimientos del señor Juan Carlos Sarmiento Camargo, incluyendo los gastos de administración, las comisiones, la deducción para garantizar el seguro previsional, el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y todo lo que sea anexo a la cotización, debidamente indexado, al igual que la información completa sobre ciclos de cotización y sobre ingresos base de cotización. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. **Cuarto**, ordenar a Colpensiones a recibir tanto los recursos como la información del actor y los contabilice como si el demandante hubiera estado afiliado durante esos ciclos efectivamente cotizados al RAIS, a ese fondo común, sin solución de continuidad respecto de estos ciclos efectivamente cotizados al RAIS, debiendo igualmente proceder con la

actualización de la historia laboral. **Quinto**, consultar la presente providencia. **Sexto**, condenó en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara, completa y comprensible a sus afiliados al momento de efectuarse el traslado. Dice que debe probarse que se obró de manera diligente, frente a las obligaciones que le impone la Ley. Por tal motivo, debe declararse la ineeficacia del traslado.

4. La apelación.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A. formularon recurso de apelación.

4.1. Porvenir S.A.

En síntesis, señala que ha dado cumplimiento al deber de información vigente para la época de la afiliación, pues la asesoría se realizó de manera verbal y se suscribió el formulario de afiliación. Que no existía obligación de dejar constancias por escrito ni proyecciones pensionales, siendo además imposible. Que lo debatido es la ineeficacia del traslado y no se le puede dar efectos distintos, estando regulada por el artículo 897 del C. de Cio y no por jurisprudencia.

Afirma que, no se puede dar aplicación a la figura de la ineeficacia para beneficio del actor, pues los rendimientos financieros fueron generados por la gestión de la entidad, causándose unos gastos de administración, por lo que no deben ser reintegrados. Por lo anterior, se vulnera los principios de buena fe y confianza legítima. Que el actor nunca estuvo interesado de ejercer el derecho de retracto, y retornar al RPM. Se opone también a la indexación. Por lo anterior pide se revoque el fallo de primera instancia.

4.2. Colpensiones

Señaló que el traslado genera una afectación al sistema pensional, pues nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de otros afiliados, dado que el mismo se descapitalizaría. Que el principio de sostenibilidad financiera representa una garantía del derecho fundamental pensional de la población.

Que el demandante le faltan menos de 10 años para pensionarse, encontrándose en una prohibición legal. Igualmente, dicho traslado tiene plena validez, permaneciendo por varios años en el RAIS, sin mostrar inconformidad alguna. Por lo anterior, pide se revoque el fallo de primera instancia.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión se pronunciaron de la siguiente manera: Porvenir S.A. en Archivo 04PDF y Colpensiones en Archivo 05PDF

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineffectuación del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿La declaración de ineffectuación pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

1.3. ¿Se debe ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineffectuación del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones y rendimientos financieros, retorne a Colpensiones los gastos

de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y a costa de sus propios recursos?

1.4. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

2. Respuesta a los problemas jurídicos

2.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad? y ¿la declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva** y al **segundo** interrogante es **negativa**. Fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía al fondo privado demostrar que la afiliación del demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el

empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado 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).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la

Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: “*el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente*” y que el acto de traslado: “*debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado*”.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredice que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Se desprende de la historia laboral de Colpensiones¹, Porvenir S.A.², del formulario de afiliación³, de la certificación SIAFP⁴, y de la certificación de

¹ Fls. 202 a 211 Archivo 07PDF

² Fls. 30 a 77 Archivo 06PDF

³ Fls. 29 Archivo 06 PDF

⁴ Fls. 27 Archivo 06 PDF

bonos pensionales⁵que el demandante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, desde el 01 de agosto de 1987 al 30 de junio de 1995.
- b. Según la historia laboral y la certificación SIAFP, el actor se trasladó de la siguiente manera:

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas							
Vinculaciones para : CC 16722175							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1995-05-02	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1995-06-01	
Un ítem encontrado.							
1							
Vinculaciones migradas de Marequis para: CC 16722175							
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada		
1995-05-02	1996-06-13	01	AFLIACION	PORVENR			
Un ítem encontrado.							
1							

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el fondo privado le informó que tendría una pensión de valor superior a la que recibiría en el I.S.S hoy Colpensiones. No le explicó las condiciones la afiliación, ni muchos menos se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas y desventajas de la afiliación en un régimen de ahorro individual y el régimen de prima media, razón por la cual, no le proporcionaron información veraz y completa respecto a las consecuencias negativa o positivas que tendría con la afiliación en el RAIS; así como tampoco el derecho a retractarse.

Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya brindado, al demandante, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o

⁵ Fls. 78 a 83 Archivo 06PDF

consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiario del mismo (SL4811-2020). Las documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y la administradora a la que ha estado afiliado el accionante.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que, al demandante le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión, y que permaneció varios años en el RAIS. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles a los fondos privados. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen requisitos sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen”. Por lo que no le asiste razón a la parte recurrente

Frente al argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, 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 (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*. Por lo tanto, dicho argumento se despachará de manera desfavorable.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, 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 a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Nótese, además, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineeficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineeficacia (SL2208-2021). Por lo que no le asiste razón a la parte recurrente.

Por último, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar el fondo privado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineeficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Porvenir S.A. suministró a la parte actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2 ¿Se debe ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineeficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones y rendimientos financieros, retorne a Colpensiones los gastos de administración, los valores por concepto de seguros

previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y a costa de sus propios recursos?

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones y rendimientos. Asimismo, los gastos de administración, primas por seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y a cargo de su propio patrimonio. Razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia objeto de apelación y consulta.

2.2.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

De conformidad con lo consagrado en el inciso 2º del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineeficacia da lugar a la restitución al estado anterior

como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Protección S.A. asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la afiliada estuvo vinculada a cada uno de los fondos privados del RAIS, en providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: “...*la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.* Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, *las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones*”.

Finalmente, deviene procedente ordenar la devolución del **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, por cuanto el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021). Asimismo, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021.

Asimismo, la jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada. Al respecto, se señaló en sentencia SL3199-2021 lo siguiente:

“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en

tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

2.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la **prescripción** no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones y Porvenir S.A. y en favor de la parte actora

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto **la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las apelantes Porvenir S.A., y Colpensiones y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos Judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

En uso de permiso
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Actos Judiciales

Yuli Mabel Sánchez Quintero