

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	CLARA ENEIDA IPIA DE PINCHAO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE CALI
RADICACIÓN	76001310500820220005501
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL Y PENSIÓN DE VEJEZ.
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA NULIDAD DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA -.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 333

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de julio de dos mil veintidós (2022), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la sala de decisión laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la demandante, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 103 del 26 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 253

I. ANTECEDENTES

CLARA ENEIDA IPIA DE PINCHAO demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR** – y al **HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE CALI**, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **PORVENIR** porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PORVENIR** a **COLPENSIONES** de los aportes, rendimientos financieros, bonos o títulos, sumas adicionales de la aseguradora, los gastos de administración y que, se ordene el reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en la Ley 797 de 2003 a partir del 18 de enero de 2020, teniendo en cuenta el periodo en mora con el empleador Hospital San Juan de Dios desde el 5 de mayo de 1994, más los intereses moratorios o la indexación.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones porque la afiliación es válida toda vez que la afiliada expuso su voluntad al diligenciar el formulario de afiliación y que, no es procedente realizar un traslado de régimen pensional en cualquier tiempo, debiendo atenerse la actora a lo establecido en los artículos 2 de la Ley 797 de 2003 y el 1 del Decreto 3800 de 2003. Dijo que la pensión de vejez pretendida deber ser analizada por la AFP a la cual se encuentra afiliada. Propuso la excepción de prescripción, entre otras.

PORVENIR se opuso a las pretensiones y expuso que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la nulidad de la afiliación y que al momento de realizar el traslado, lo

realizó de forma libre y espontánea, completamente informado, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de Porvenir con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias del traslado de régimen pensional. Propuso las excepciones de cobro de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la de buena fe.

EL HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE CALI señala que es cierto que debe algunos periodos de cotización en pensión a favor de la demandante, los cuales se encuentran en proceso para pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó CLARA ENEIDA IPIA DE PINCHAO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a PORVENIR la devolución a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada en el RAIS.

Condenó a Colpensiones a pagar a la demandante la pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, a partir del día siguiente en que acredite el retiro definitivo del sistema y sobre 13 mesadas al año. Para efectos del monto pensional señaló dar aplicación al artículo 21 de la Ley

100 de 1993 y al artículo 34 de la Ley 100 de 1993. Autorizó los descuentos a salud y condenó al pago de los intereses moratorios desde la fecha en que se realice el traslado de los dineros ordenados y hasta que se realice el reconocimiento de la pensión de vejez.

Condenó al HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE CALI a pagar a Colpensiones y a favor de la actora, el cálculo actuarial que liquide esta entidad por el periodo comprendido entre el 7 de febrero de 1994 al 31 de julio de 1994 y a que, pague las cotizaciones en mora del 1° de septiembre de 2012 al 31 de diciembre de 2017.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la actora interpuso el recurso de apelación y solicita que se reconozca la pensión de vejez desde que la demandante cumplió los 57 años de edad, esto es, el 18 de enero de 2020, teniendo en cuenta la mora del empleador y la falta de diligencia de las AFP que derivó que haya tenido la obligación de seguir laborando y cotizando.

La apoderada judicial de PORVENIR presentó el recurso de apelación y señala que no se puede predicar una falta al deber de información si se tiene en cuenta que el acto que suscribió en el año 1994 debió ser analizado a la luz de la normatividad vigente para esa época, como lo fueron la Ley 100 de 1993, el Decreto 662 de 1994 y el 656 de 1994, pues no había la obligación del deber de información que se refiere en la sentencia ya que surgieron con la expedición de una serie de normas posteriores que no tienen efectos retroactivos, por lo que se obliga a cumplir un imposible; que la actora no manifestó el deseo de retornar a Colpensiones y siempre ratificó su afiliación al RAIS y se benefició de él.

Sobre la condena a devolver los gastos de administración dijo que no es procedente porque están autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 para garantizar una buena gestión y la generación de rendimientos; tampoco se deben devolver las primas de seguros porque ya se pagaron a la aseguradora desde el año 1994 y sería un enriquecimiento sin causa; y menos se deben devolver indexados porque sería un doble pago al devolverse ya los rendimientos. Solicita que se revoque la condena en costas y se declare la prescripción de los gastos de administración toda vez que no forman parte de la pensión.

La apoderada judicial de COLPENSIONES manifiesta que el Seguro Social no tuvo injerencia en la afiliación y además la actora cuenta con 57 años de edad a la presentación de la demanda y está inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que la decisión del traslado fue libre y voluntaria conforme se verifica en el formulario de afiliación. Indica que se debe declarar la prescripción.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, se presentaron los siguientes alegatos:

ALEGATOS DE COLPENSIONES y PORVENIR

Las apoderadas judiciales de las entidades reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de apelación para solicitar que se revoque la sentencia de primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entonces, lo que la Sala resolverá es i) si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy

COLPENSIONES – a PORVENIR S.A., en caso afirmativo; ii) cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria y si se debe o no revocar la orden que se le impuso a PORVENIR de devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a su propio patrimonio e indexados; iii) si la actora tiene derecho a la pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; iv) de ser procedente, si la prestación debe reconocerse o no a partir de la fecha de la última cotización efectuada al sistema y; iv) si se debe revocar la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. y si opera o no la excepción de prescripción. En su orden se resuelven los problemas planteados.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Respecto al **deber de información**, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido 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, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarlo, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En tal sentido, contrario a lo que alega PORVENIR, el deber de información no desapareció cuando se agregó el deber de asesoría y buen consejo y de doble asesoría, pues éstos últimos son adicionales al deber de información que le asiste a PORVENIR desde su fundación; tampoco es válido afirmar que ese deber de información se suple o se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; ni al tiempo en que la demandante estuvo afiliada al fondo privado, pues con ellos se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo a la demandante y lo que se hizo en ese contexto determinado de la afiliación, para así poder inferir si fue lo que la ley y la jurisprudencia exigen en cuanto el consentimiento informado. En consecuencia, si bien el formulario es un documento válido, con él no se suple la información que debió brindar el fondo de pensiones a la actora al momento del traslado de régimen.

Respecto ese deber de información de la AFP se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019, entre otras.

En cuanto a la valoración del formulario de afiliación como prueba de la libertad de afiliación, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL367-2022 expresó que,

“Ahora bien, tampoco le asiste razón a la parte opositora que el formulario de afiliación suscrito por la petente era prueba suficiente de la voluntad libre e informada del afiliado, ya que se trata de un formato preimpreso que no ofrece ninguna certeza que en realidad se haya efectuado una explicación completa, clara, eficaz y de acuerdo a las condiciones de la persona que pretendía efectuar el traslado, lo que se observa es un forma genérica, que no puede llevar a concluir que se haya brindado una asesoría oportuna, clara y precisa sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, que existían para su caso particular, al momento de optar por cualquiera de los dos.

Además, no podía entender que la actora expresó su voluntad de afiliación en el formulario. Al respecto se ha de precisar que el simple diligenciamiento del formulario no sule en manera alguna el deber de información, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma el mentado deber (CSJ SL1741-2021) en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017). Los formularios de afiliación son unos documentos proforma que nada diferente a lo allí señalado indican y, con base en los cuales no se puede estimar que signifiquen de contera entonces, el cumplimiento de la orientación necesaria, requerida y exigida por Ley para que la actora tuviese un conocimiento suficiente, pleno y veraz para poder comprender la conveniencia o no de su traslado.”

PORVENIR no demostró que cumplió con el deber, que le asiste desde su fundación de informar a la demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, en ese sentido deviene que el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre.

Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento de PORVENIR con el que indica que la demandante tenía el deber de informarse por la incidencia de los actos en su futuro y que era carga suya demostrar que cumplió con ese deber de consumidor financiero, en razón a que la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está es en cabeza de las administradoras de pensiones y no de la demandante, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse los fondos de pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo.

Así las cosas, la Sala considera que el Juez acertó en su decisión de declarar la nulidad o la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo que procede entonces, es la ineficacia de la afiliación, nulidad o ineficacia del traslado, como se quiera denominar. La Sala considera que el uso del término nulidad de traslado se abordó como una consecuencia de la trasgresión del deber de información, se entiende que nulidad de traslado e ineficacia del traslado en este proceso se expusieron como sinónimos que tienen las mismas consecuencias jurídicas.

Respecto a la diferencia entre nulidad relativa y absoluta, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral precisó en la sentencia CSJ SL4369 de 2019 que:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la

*afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. **Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.***

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**».*

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

En consonancia con lo expuesto, cabe recordar que todo deber tiene como correlato un derecho. Luego, si conforme a las reglas referidas en casación, las administradoras tienen rigurosas obligaciones de brindar información a los afiliados; estos a su vez tienen el derecho a recibirla. Por ello, puede aseverarse que existe un derecho de los afiliados a obtener información sobre las consecuencias y riesgos de su cambio de régimen pensional, de manera que su violación –por disposición de ley– se sanciona con la ineficacia del acto.

Para ahondar en razones, y asumiendo que el deber de información tiene como correlato un derecho a la información, la sanción de ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 272 de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.”

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado y lo que alega **PORVENIR** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales ni los rendimientos, esta Sala indica que las consecuencias serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió por lo cual, se deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las sumas adicionales de la aseguradora, los gastos de administración, el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones con cargo a sus propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1.746 del C.C., de allí que, no hay lugar a la compensación que alega PORVENIR.

En la sentencia SL4360 de 2019 se rememoró las *“Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado”* en los siguientes términos:

“(…) en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”.

Y en la sentencia SL367-2022 indicó que:

“(…) También se ha dicho por la Sala que una vez declarada la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, además del saldo de la

cuenta individual y sus rendimientos, las comisiones y los gastos de administración, entre otros, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro.

Por tal razón, en tratándose de ineficacia, esta Corte ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de comisiones gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos en forma indexada (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4175-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (...)"

De tal suerte que, la devolución de los gastos de administración y rendimientos no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente a la demandante ni a COLPENSIONES, porque su orden se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioros en el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por tanto, devolver los gastos de administración, primas de la aseguradora y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, de forma indexada, es procedente, debido a la pérdida del poder adquisitivo de esos valores ocasionados por el paso del tiempo, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en las sentencias

SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL3207-2020, SL4025-2021, SL4062-2021, SL4175-2021, SL367-2022, entre otras.

Respecto a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, esta Sala encuentra que es imprescriptible, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL1421-2019, posición reiterada en la SL1688-2019, SL1689-2019, SL2611 de 2020, SL2308-2020, entre otras. Iguales razones caben para indicar que no hay prescripción respecto a los gastos de administración, pues estos nacen del derecho a la ineficacia del traslado, en la sentencia SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, se reiteró que,

*“Hay que mencionar que, así como la acción para obtener la declaración de ineficacia es imprescriptible, **los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación.** En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).”*

En lo referente a las COSTAS impuestas a PORVENIR, esta Sala recuerda que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1°, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el

proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc., por lo cual, se confirma la condena, toda vez que se opuso a las pretensiones de la demanda.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, incrementó la edad de las mujeres para acceder a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014 en 57 años y a partir del 1° de enero de 2005 incrementó el número de semanas cotizadas así: para el 2005, 50 semanas y, a partir del 2006, 25 semanas cada año hasta llegar a las 1.300 semanas en el año 2015. Requisitos que acreditó la demandante como se pasa a indicar.

De la historia laboral consolidada expedida por PORVENIR que obra a folios 25 y siguientes del PDF09 del cuaderno del juzgado, se desprende que la demandante cotizó en toda la vida laboral desde el 1° de agosto de 1994 hasta el 30 de septiembre de 2021 un total de **1.027** semanas, a las cuales se les debe sumar **25** semanas entre el 7 de febrero de 1994 al 31 de julio de 1994 que no figuran en la historia laboral y **274.29** por el periodo del 1° de septiembre de 2012 al 31 de diciembre de 2017 que se encuentran en mora por parte del empleador HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE CALI. La razón para tener en cuenta tales periodos es que se encuentra acreditado en el expediente, que la demandante labora para dicho empleador desde el 7 de febrero de 1994 y que, tal empleador reconoce deber esos periodos de cotización en pensión a favor de la actora.

Para la Sala es claro que las cotizaciones al sistema general de pensiones son consecuencia y se derivan del trabajo, y por tanto, debe estar acreditada la relación laboral para que se tengan en cuenta los aportes

cuando hay discusión al respecto, lo cual ocurrió en este caso, al estar acreditada la relación laboral como se indicó.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1355-2019 del 3 de abril de 2019 señaló

“Conviene recordar que esta Corporación, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo. Así, la actividad efectiva, desarrollada en favor de un empleador, causa o genera el deber de aportar al sistema pensional a nombre del trabajador afiliado. (...) Es claro entonces que los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado y están dirigidos a garantizar al asalariado un ingreso económico periódico, tras largos años de servicio que han redundado en su desgaste físico natural. De allí que, precisamente, para que pueda hablarse de «mora patronal» es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria. Dicho de otro modo: la mora del empleador debe tener sustento en una relación de trabajo real.”.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU-226 de 2019 expuso que el incumplimiento de las obligaciones del empleador o de las entidades administradoras en materia de pensiones no es imputable ni oponible al trabajador, por lo cual las consecuencias negativas de estas omisiones no podrán serle adversas y nunca serán razón para enervar el acceso a una prestación pensional, pues estas dos partes (el empleador y las entidades administradoras) están llamadas a hacer uso de los instrumentos legales y administrativos dirigidos a cumplir o a exigirse mutuamente el acatamiento de sus deberes. Una actuación contraria a este presupuesto jurisprudencial sería abiertamente trasgresora del derecho a la seguridad social del titular de la pensión a que haya lugar.

Así las cosas, la demandante cotizó en toda su vida laboral 1.326 semanas sufragadas entre el 7 de febrero de 1994 hasta el 30 de septiembre de 2021 y, como quiera que cumplió los 57 años de edad el día 18 de enero de 2020 al haber nacido el 18 de enero de 1963, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez al cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003.

Sin embargo, el disfrute de la pensión, conforme a lo dispuesto por la juez, estará condicionado a la fecha de retiro del sistema pensional de la afiliada, según el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, ya que no obra reporte de desafiliación expresa o tácita pues se observa en la historia laboral consolidada que ha realizado cotizaciones hasta septiembre de 2021 sin que obre el retiro del sistema, de allí que, no le asiste razón al apoderado de la demandante en su apelación al pretender el disfrute de la prestación desde el 18 de enero de 2020; ahora, si bien existen periodos no cotizados por el empleador que debieron ser cobrados por la AFP, que llevaron a la demandante a seguir cotizando, lo cierto es que en este caso el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones se ordena **en virtud a la declaratoria de la ineficacia del traslado de la actora al RAIS**, régimen en el que la pensión se obtiene de acuerdo al capital ahorrado y no por semanas como en el régimen de prima media con prestación definida; aunado a que la pensión de vejez deberá financiarse tanto con lo cotizado en Colpensiones como con los dineros que reciba esta administradora de pensiones de PORVENIR.

Así las cosas, la primera mesada pensional deberá ser liquidada y reconocida por Colpensiones una vez se produzca la desafiliación del sistema, así: i) el IBL que le sea más favorable, entre el promedio de los IBC de los últimos diez años o de toda su vida laboral, en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993; ii) una tasa de reemplazo, calculada según la fórmula del artículo 34, ib, modificado por el artículo

10° de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta el total de las semanas reportadas. iii) conforme al Acto Legislativo 01 de 2005, el demandante tiene derecho a una mesada pensional adicional al año, pues causó su derecho con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL779-2022 indicó en un caso de ineficacia de traslado que,

“(...) tal como se advierte en los términos de los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, al cual se acude por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, no es viable o exigible su disfrute, por cuanto continúa vinculada laboralmente, afiliada y cotizando al Sistema General de Pensiones, según se desprende de la relación de aportes allegada por Porvenir (...)”

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **SIN COSTAS** en esta instancia por no haber prosperado los recursos de apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

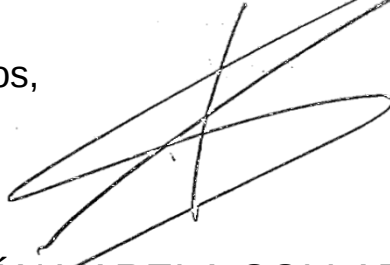
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 103 del 26 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

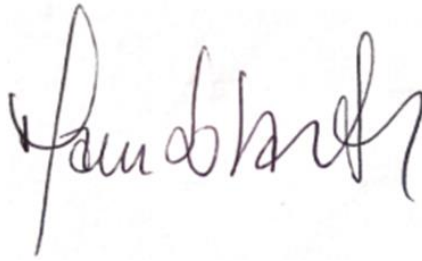
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

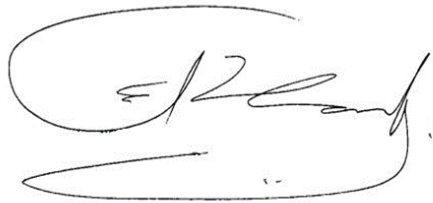
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

German Varela Collazos

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 002 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 5ff813e7dbc8147914640edaaf02df8cbe0f33c849f962484ec428ebff6260f2

Documento generado en 29/07/2022 04:05:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>