

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	ROMÁN OBDULIO CHAVARRÍA ARBOLEDA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE:	LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
RADICACIÓN:	76001 31 05 009 2020 00242 01
JUZGADO DE ORIGEN:	NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN Y CONSULTA INEFICACIA/NULIDAD DE TRASLADO, PENSION DE VEJEZ.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 098

Santiago de Cali, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO, GERMAN VARELA COLLAZOS y MARY ELENA SOLARTE MELO quien la preside, previa deliberación en los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia No. 10 del 22 de enero de 2021, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 401

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante se declare la nulidad del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA - RPM al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD - RAIS, se declare que es beneficiario del régimen de transición

del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez a partir del 25 de octubre de 2014, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, de manera subsidiaria la indexación, se condene a PORVENIR S.A., al pago de perjuicios, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones señala que:

- i) Nació el 25 de octubre de 1954.
- ii) Se afilió al RPM el 16 de octubre de 1976.
- iii) El 1 de marzo de 1996, se trasladó a PORVENIR S.A.
- iv) PORVENIR S.A. al momento del traslado, no lo asesoró respecto de la decisión de traslado de régimen.
- v) Se le otorgó pensión de vejez en junio de 2018, desistiendo de la misma el 8 de agosto de 2018.
- vi) Solicitó el cálculo actuarial de la empresa JULIANA S.A.S.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Formula como excepción previa la que denominó: *“cosa juzgada”*, y las excepciones de mérito que denominó: *“prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, falta de título y causa, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones, innominada o genérica”*.

PORVENIR S.A.

Mediante auto 3989 del 1 de diciembre de 2020, se tuvo por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A.,

Mediante auto interlocutorio 3583 del 29 de octubre de 2020, se integró como pasiva a LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, quien al contestar la demanda propuso las excepciones de mérito que denominó: *“falta*

de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización de o no de una proyección pensional, prescripción, la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la emisión y redención del bono pensional del señor Román Obdulio Chavarría Arboleda, el señor Román Obdulio Chavarría Arboleda es beneficiario de una pensión de vejez situación que impide su retorno a COLPENSIONES”.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 10 del 22 de enero de 2021, resolvió:

DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

DECLARAR la ineficacia del traslado del RPM al RAIS. Como consecuencia el demandante debe ser admitido en el RPM administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad y sin cargas adicionales al afiliado.

DECLARAR que el demandante es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

CONDENAR a PORVENIR S.A. a reconocer pensión de vejez, a partir del 1 de septiembre de 2020, en cuantía inicial de \$6.759.492.

ORDENAR a PORVENIR S.A. pagar de su propio patrimonio la pensión de vejez, en la cuantía establecida, hasta el momento en que COLPENSIONES asuma el pago.

CONDENAR a PORVENIR S.A. a pagar la suma de \$40.665.779, por concepto de mesadas pensionales generadas desde el 1 de septiembre de 2020 hasta el 31 de enero de 2021.

ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, todo son sus respectivos rendimientos financieros.

ORDENAR a COLPENSIONES a cargar a la historia laboral del demandante, los aportes realizados a PORVENIR S.A.

ORDENAR a PORVENIR S.A. a traslade los bonos pensionales que hubiere recibido, a la OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, debidamente indexados.

ORDENAR a PORVENIR S.A. incluir en nómina de pensionados al demandante, a partir del 1 de septiembre de 2020.

AUTORIZAR a PORVENIR S.A. a descontar los aportes al sistema de seguridad social en salud.

CONDENAR a PORVENIR S.A. a cancelar la indexación de las sumas adeudadas por concepto de pensión de vejez.

CONDENAR a COLPENSIONES a asumir y cancelar pensión de vejez, una vez se trasladen, por parte de PORVENIR S.A., la totalidad de aportes realizados al RAIS, con sus respectivos rendimientos financieros, sin aplicar ningún descuento por concepto de cuotas de administración.

AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar los aportes al sistema de seguridad social en salud.

Condenó en costas a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La apoderada de PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia, pues la afiliación se realizó de manera libre voluntaria e informada, cumpliendo los lineamientos legales para el año 1996. Se pasó por alto el documento presentado, en el cual el propio demandante de su puño y letra y plasmando su firma manifiesta que recibió información con el traslado y con el régimen pensional que lo cobijaba en ese momento y manifiesta que la afiliación la realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones, también se encuentra dentro del proceso, la simulación pensional realizada en 1996. Estos documentos junto con el formulario de afiliación, son prueba de la validez de la afiliación.

Manifiesta que, de confirmarse la ineficacia, no hay lugar a que se ordene la devolución de gastos de administración.

Afirma que al solicitar el pago de su pensión ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS.

Finalmente expone que se debió declarar la prescripción, pues no está en duda el derecho pensional, lo que se discute es el acto de afiliación del año 1996, el cual se encuentra prescrito.

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, manifestando que el demandante se encuentra en la prohibición de traslado del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y no se demostró vicios del consentimiento o asalto en la buena fe al momento del traslado.

Se examina también por consulta en favor de COLPENSIONES, -artículo 69 CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007-.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del plazo conferido, presentaron alegatos de conclusión la parte demandante, COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y el MINISTERIO DE HACIENDA.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no se constituyen en una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado ante el a quo.

2. CONSIDERACIONES

No advierte la sala violación de derecho fundamental alguno, así como tampoco ausencia de presupuestos procesales que conlleven a una nulidad.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en las pruebas aportadas al proceso, la Sala procederá a resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Es nulo y/o ineficaz el traslado de régimen del demandante?, o, por el contrario, ¿es válida su afiliación al RAIS?, y de ser lo primero, ¿debe entenderse que el demandante nunca se afilió a PORVENIR S.A.?

¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos establecidos en primera instancia?

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se modificará y adicionará**, por las siguientes razones:

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 que: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”**

Y a su vez, de manera expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para el empleador o 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”, con la consecuencia que “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (...).”**

Por su parte, el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, señala que los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, **podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.**

Y a su vez, el inciso 2° del Art. 2 del Decreto 1642 de 1995, que reglamenta la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que **“La**

selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”

El demandante venía vinculado válidamente al RMP desde el 16 de octubre de 1976 (fl. 39 – 11MemorialContestacionDemandaColp) hasta el 12 de febrero de 1996 fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PORVENIR S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliado hasta la fecha (fl. 4 – 23MemorialExpedienteAdministrativo).

El artículo 11 del Decreto 692 de 1994, establece que el trámite para la selección y vinculación que implica la aceptación de las condiciones propias del régimen para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, debe ser libre y voluntario por parte del afiliado, manifestando sin lugar a dudas, que exista la voluntad y el consentimiento debidamente informado de cuáles son las condiciones en las que se va a verificar esa vinculación.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, en el formulario se deberá consignar que la decisión de trasladarse se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, para lo cual el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero esto no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, sus beneficios y desventajas.

A este respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en **sentencia del 3 de septiembre de 2014**, radicación 46292, SL12136 MP. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó que para efectos de optar por alguno de los dos (2) regímenes pensionales existentes “...el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigente, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»;...”

Refiere además la Corporación que, cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la conservación del régimen de prima media con ley 100 de 1993 y sus reformas, o la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se hace

necesario, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro, pues a su juicio, **“no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.”**

Además, ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, las AFP tiene el deber de brindar información a los afiliados o usuarios sobre el sistema pensional, correspondiendo a los jueces evaluar el cumplimiento de esta obligación; sin que sea suficiente para acreditar el cumplimiento de este deber, el simple consentimiento plasmado en el formulario de afiliación, por lo que se requiere de un «*consentimiento informado*», pues se trata de que el afiliado tenga elementos de juicio que le permitan evaluar la trascendencia de la decisión que adopta, correspondiendo la carga de la prueba respecto a estos aspectos relacionados con el suministro de información a los fondos de pensiones, operando una inversión de la carga probatoria en favor del afiliado demandante¹.

Además, la Corte Suprema en Sentencia SL1452-2019, sostuvo:

“Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de 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).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los

¹ CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL19447-2017; SL 1452-2019; SL 4360-2019.

detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera”.

Ahora, respecto al deber de información en la sentencia SL1452-2019, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral hace una amplia explicación de la evolución que ha tenido, dividiéndolo en etapas. La corporación sostiene que la prestación de un servicio público esencial con la incursión en el sistema de seguridad social de actores privados, como es el caso de las AFP del RAIS, ha estado desde un principio, sujeta a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba, entendiendo que la escogencia *libre y voluntaria* del régimen pensional necesariamente implica *conocimiento*, el cual solo se obtiene cuando se “saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole”. Encontrándose este aspecto establecido desde el Decreto 663 de 1993, y posteriormente en Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Para efectos ilustrativos se transcribe el cuadro de etapas traído en la sentencia mencionada en precedencia.

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que PORVENIR S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, le suministrara al afiliado una “suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras”, situación que no aconteció, pues la única prueba que reposa en el expediente es la suscripción de un formulario de “solicitud de vinculación” (f. 4 – 23MemorialExpedienteAdministrativo), situación que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en él se impone en forma genérica la leyenda de que la escogencia del Régimen de Ahorro Individual se realizó “en forma libre, espontánea y sin presiones”.

Manifiesta PORVENIR S.A. que los documentos allegados en el expediente administrativo folios 4 y 5, dan fe de la asesoría brindada en su momento al actor. Al respecto, encuentra la Sala que:

- Documento folio 5 (23MemorialExpedienteAdministrativo): el contenido del documento indica que:

Señores
PORVENIR S.A
Ciudad

Por medio de la presente declaro que he recibido de parte de ustedes la asesoría sobre las implicaciones del régimen de transición que establece la Ley 100 de 1993 en su artículo 36 del libro I título II capítulo I.

Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de Ahorro individual, así como la selección de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir para que sea la única que administre mis aportes pensionales.

Atentamente,



Aparentemente fue signado por el señor ROMÁN OBDULIO CHAVARRÍA, pues la firma que en el reposa presenta similitud con la que se observa en la copia de la cedula de ciudadanía del actor, no obstante, el documento no cuenta con marca, sello o firma de recibido que permita acreditar que el mismo efectivamente fue entregado por el actor a PORVENIR S.A.

- Documento folio 5 (23MemorialExpedienteAdministrativo): corresponde a un cálculo estimado de pensión realizada por PORVENIR S.A., en la que se indica el nombre del actor y una comparación con la mesada que correspondería en el RAIS y en el RPM y la eventual mesada en diferentes escenarios del RAIS, sin embargo, el documento no cuenta con marca, sello o firma de recibido que permita acreditar que el demandante efectivamente conoció el contenido del mismo.

Así pues, no se demuestra que PORVENIR S.A., haya desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, ni se le informó respecto de la diferencia en el pago de aportes, y demás condiciones y diferencias entre los dos regímenes pensionales, así como beneficios y desventajas, con lo cual se concluye que no ha cumplido con la carga probatoria que les incumbe a la luz de lo dicho por la jurisprudencia².

No hay prueba en el expediente, y tenía PORVENIR S.A., la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del CC., omisión con la cual se

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

genera la ineficacia del cambio de régimen, en razón a que la vinculación o afiliación al RAIS en estos términos no es válida.

PORVENIR S.A. reconoció pensión al actor (comunicación del 19 de junio de 2018, f.2 – 03Anexos), no obstante, la misma no fue efectivamente pagada, siendo devueltos los valores a la cuenta de ahorro individual (f.8 - 03Anexos).

Ahora, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, cambió su posición frente a la procedencia de la ineficacia de traslado, cuando al accionante se le hubiere reconocido pensión de vejez en el RAIS (bajo cualquiera de sus modalidades), exponiendo lo siguiente:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con revelar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de las opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías

aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”.

Si bien la jurisprudencia en cita muestra la nueva postura del tribunal de cierre laboral, esta Sala, tal como se indicará a continuación, se aparta del precedente, como expresión de la facultad de autonomía judicial con que cuenta, entendiéndose que la Corte Constitucional entre otras en sentencia C-621-2015 ha establecido que, la autoridad judicial puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contraargumentación que explique las razones del *apartamiento*, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; **(iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial.**

En primer lugar, la Sala no está de acuerdo con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, en lo que respecta a que la calidad de

pensionado sea un hecho imposible de retrotraer, esto por tratarse de una situación jurídica consolidada y un hecho consumado y si bien podría entenderse que en efecto la situación jurídica se encuentra consolidada, no es menos cierto que el origen de dicha situación jurídica es la omisión de información al momento de la afiliación por parte la administradora de fondos de pensiones del RAIS, afiliación que por tanto se encuentra viciada desde su origen por falta de información, siguiendo la misma senda, las consecuencias posteriores de dicha afiliación, como lo es el reconocimiento pensional; en este orden de ideas la consecuencia para los dos actos sería su ineficacia.

En este sentido, es importante resaltar que los vicios del consentimiento generados al momento de la afiliación del actor, no pueden entenderse saneados por adquirir el afiliado el estatus de pensionado, pues los vicios de la voluntad invalidan el acto de afiliación, ya que como lo determina el artículo 1502 del Código Civil, el consentimiento es un factor imperante para que le sean oponibles los efectos jurídicos de un contrato, aspecto que no es superable por el pasar del tiempo ni por el cambio de calidad de las partes.

Adicionalmente considera la Sala, que la imposibilidad de declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS por falta de información, para el caso de un pensionado, es hacer más gravosa su situación, pues no solo debe soportar la omisión por parte de la administradora de fondos de pensiones, que como se determinó con anterioridad no suministro al afiliado una “suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras”, sino que debe soportar los inconvenientes propios del RAIS frente al RPM, “...como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales...”, consecuencias que tienen efectos para el resto de su vida y que no se han causado por actuación atribuible al demandante, sino por el contrario a la conducta indebida de la administradora del RAIS.

Entonces, lejos de entender que las consecuencias del accionar de las administradoras del RAIS deben recaer sobre sus afiliados, la Sala acoge la posición antes adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL 4933-2019, donde determinó:

“En el presente asunto, el demandante ostenta la calidad de pensionado por parte del RAIS, desde el 1 de diciembre de 2009, con el capital proveniente de

las cotizaciones por él efectuadas, las que sin duda son necesarias para el reconocimiento de la prestación pensional, en el entendido de que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral.

En efecto, el art. 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

En consecuencia, en virtud de lo previsto en el art. 963 del C.C., al advertirse el actuar indebido de la AFP, esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, para el caso concreto, devolver lo que canceló por el pago de mesadas pensionales desde el 1 de diciembre de 2009, por garantía mínima en el RAIS, además de los bonos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, destinado a la pensión que ahora será reconocida, tal como lo dispuso la sentencia CSJ, SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 que dijo:

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C”.

Por otro lado, la sentencia SL373-2021, indicó que la no procedencia de la ineficacia de traslado para el caso de pensionados en el RAIS, también estaba motivada por la situación de los bonos pensionales, pues *“puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado debido al pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública”*, sin embargo, es de anotar que el eventual menoscabo al que se refiere la sentencia en cita, se ve superado con lo efectos de la declaratoria de ineficacia tal como lo expuso la propia Corte en sentencia SL761-2022, así:

“Tampoco resulta atinado aducir vulneración al principio de sostenibilidad financiera en razón de la ineficacia del traslado, como lo alega Colpensiones, pues precisamente para no afectarlo se ordenó a Protección SA el traslado de todos los aportes y rendimientos que posee la demandante en su cuenta de ahorro individual, incluidos los saldos, bono pensional, cotizaciones, sumas adicionales, frutos e intereses a la

administradora del régimen de prima media, como efecto de la multicitada declaratoria en el que las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban; esto es, como si el traslado nunca hubiera ocurrido (CSJ SL2877-2020)."

Adicionalmente como ya se refirió, como la declaratoria de la ineficacia no obedece al proceder indebido del actor sino de la administradora, **"...ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."** (SL 4933-2019).

Conforme a lo expuesto, la Sala se aparta del precedente actual de la Corte Suprema de Justicia (SL 373-2021) y en su lugar, continua con la postura en la que se posibilita la ineficacia de traslado para quienes hayan alcanzado el estatus de pensionados en el RAIS.

Por otra parte, la Corte sostiene que los pensionados del RAIS pueden reclamar el pago de los perjuicios ocasionados por el actuar indebido de la AFP, y lo expuso en los siguientes términos:

"Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento".

Sin embargo, considera la Sala que dicha solución en nada remedia lo que pretende la Corte evitar, toda vez el reconocimiento de tal reparación por parte de

la AFP afectaría financieramente el sistema, al tener que asumir, esta vez a título de indemnización, el valor dejado de pagar como pensión.

Respecto de las implicaciones como consecuencia de la ineficacia y/o nulidad del traslado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4360-2019, estableció que, tanto para la ineficacia como para la nulidad del traslado de régimen, “...que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda...” y esta es que se debe declarar que “...el negocio jurídico no se ha celebrado jamás”, sosteniendo que:

“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, 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).”

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expuesto por el alto tribunal laboral, dada la declaratoria de la nulidad del traslado del demandante del RPM al RAIS, se tiene que el actor nunca salió del primero, conservando todos los beneficios a que tuviere derecho de no haberse retirado, esto incluido el beneficio del régimen de transición si hubiera el caso³.

³ SL4360-2019: Trayendo a colación lo expuesto y como quiera que en este caso es una medida factible la vuelta al statu quo ante, la Sala declarará la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que Gloria Inés Restrepo nunca migró al régimen privado de pensiones

Sobre las sumas adicionales de las aseguradoras, se debe señalar que se condena a la devolución del porcentaje destinado a financiar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, mismos que hacen parte del porcentaje de gastos de administración, en los términos del Art. 20 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, resulta procedente la condena impuesta por el *a quo*, debiendo adicionarse para ordenar a PORVENIR S.A. devolver al RPM indexados y con cargo su propio patrimonio, los gastos de administración y el valor correspondiente a las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes

No prospera la prescripción, pues en tratándose de derechos en materia de seguridad social, como lo es la libre escogencia de régimen, se tornan imprescriptibles e irrenunciables conforme lo señala el artículo 48 de la CP y la jurisprudencia⁴.

PENSIÓN DE VEJEZ

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL3745 -2020, estableció:

“Es necesario recordar que la declaratoria de ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al régimen de ahorro individual, hace que las cosas retornen al estado anterior (CSJ SL4989-2018); por tal razón, es claro que la actora jamás perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993...”

El artículo 36 de Ley 100 de 1993, establece:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las

o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, en consecuencia, no perdió los beneficios de la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con más de 35 años de edad al 1.º de abril de 1994 y bajo las reglas del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 alcanzó la densidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez.

⁴ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

El demandante nació el 25 de octubre de 1954 (f. 1 – 03Anexos), por tanto, al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 39 años de edad, sin alcanzar la edad requerida por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición.

Respecto de la densidad de semanas, conforme a la historia laboral emitida por COLPENSIONES, así como el ajuste de periodos cotizados realizado por PORVENIR S.A. (23MemorialExpedienteAdministrativo), para el 1 de abril de 1994, contaba con 922,14 semanas de cotización, acreditando el requisito para ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, conservándolo hasta el 31 de diciembre de 2014, siendo procedente estudiar su prestación bajo el Acuerdo 049 de 1990.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, tiene como requisitos para acceder a la prestación por vejez, el cumplimiento de 60 años para el caso de los hombres y acreditar 1.000 semanas en cualquier tiempo o 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión.

Dada la fecha de nacimiento del demandante, el 25 de octubre de 1954, los 60 años de edad los cumple el mismo día y mes del año 2014, acreditando el primer requisito.

Ahora, respecto de las semanas cotizadas, encontró la Sala que, el demandante supera las 1.000 semanas de cotización para la fecha del cumplimiento de la edad, contando al 31 de agosto de 2022 con 2.258,13 semanas cotizadas (23MemorialExpedienteAdministrativo), superando el requisito exigido por el Acuerdo 049 de 1990.

El artículo 36 de Ley 100 de 1993 establece que para aquellos beneficiarios del régimen de transición que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a pensión de vejez, el IBL se calculará con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior. No obstante, si al beneficiario le faltan más de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión, su IBL deberá calcularse bajo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

La demandante nació el 25 de octubre de 1954, al 1 de abril de 1994, contaba con 39 años de edad, faltándole más de 10 años para alcanzar los 55 años, por consiguiente, el cálculo del IBL debe realizarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

En primera instancia se determinó que el IBL más favorable al actor era el obtenido con el promedio de aportes de los últimos 10 años. Realizados los cálculos respectivos, encontró la Sala un IBL para el 1 de septiembre de 2020 de \$7.554.152, que aplicando una tasa de reemplazo del 90%, (más de 1.250 semanas cotizadas), resulta en una mesada de \$6.798.737, valor que resulta superior al liquidado en primera instancia para el año 2020 de \$6.759.492, sin que proceda la modificación de la decisión por estudiarse en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

La demanda propuso la excepción de prescripción, artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. El derecho pensional es imprescriptible; sin embargo, al ser la pensión de vejez, una prestación de tracto sucesivo, prescribe lo que no se reclame en forma oportuna.

La pensión de vejez se causa a partir del 1 de septiembre de 2020 (día posterior al último aporte), sin que hubiera mesada pensional alguna sobre la que opere el fenómeno prescriptivo, debiendo confirmarse en este sentido la decisión.

Es preciso indicar que la sentencia bajo estudio, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión inicialmente en cabeza de PORVENIR S.A., y posterior a que se verifique el traslado de recursos a COLPENSIONES, la administradora del RPM deberá continuar cancelando la mesada, debiendo confirmarse esta decisión, pues se estudia también en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, sin que haya lugar a modificar la sentencia en detrimento de la entidad.

PORVENIR S.A., adeuda al demandante la suma de **CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS DOCE PESOS (\$196.628.812)** por concepto de retroactivo de pensión de vejez, por mesadas causadas entre el 1 de septiembre de 2020 al 31 de octubre de 2022.

DESDE	HASTA	VARIACIÓN	#MES	MESADA ISS/COLPENSIONES	RETROACTIVO
1/09/2020	31/12/2020	0,0161	5	\$ 6.759.492	\$ 33.797.460
1/01/2021	31/12/2021	0,0562	13	\$ 6.868.320	\$ 89.288.158
1/01/2022	31/10/2022		10	\$ 7.254.319	\$ 72.543.194
TOTAL RETROACTIVO					\$ 195.628.812

Conforme a lo expuesto, se modificará y adicionará la sentencia bajo estudio, condenando en costas a COLPENSIONES. No se causan costas por la consulta <artículo 392 CPC, modificado artículo 365 CGP, aplicable por analogía, artículo 145 CPTSS>.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral **SÉPTIMO** de la sentencia No. 10 del 22 de enero de 2021 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar al señor **ROMÁN OBDULIO CHAVARRÍA ARBOLEDA**, de notas civiles conocidas en el presente, la suma de **CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS DOCE PESOS (\$196.628.812)** por concepto de retroactivo de pensión de vejez, por mesadas causadas entre el 1 de septiembre de 2020 al 31 de octubre de 2022. **Confirmar** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **OCTAVO** de la sentencia No. 10 del 22 de enero de 2021 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a devolver indexados y con cargo su propio patrimonio, los gastos de administración y el valor correspondiente a las

primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, que se hubieran causado durante el tiempo que administró los aportes del demandante.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una de ellas. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P. **SIN COSTAS** por la consulta.

QUINTO.- NOTIFÍQUESE esta decisión mediante inserción en la página web de la Rama Judicial. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-006-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/29>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARY ELENA SOLARTE MELO

Con firma electrónica


ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO


GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

Mary Elena Solarte Melo

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 006 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: 20fd7b4c9bc2b177054ba4b6f96291ab269c8d549ddc2344f92436b244b4e114

Documento generado en 30/11/2022 07:06:35 AM

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

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