

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE LUZ MARINA SANTACRUZ TRIVIÑO
VS. PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
RADICACIÓN: 760013105 003 2018 00391 01

Hoy trece (13) de agosto de 2021, surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en ambiente de escrituralidad virtual y aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D. 580 del 31 de mayo de 2021, resuelve la **APELACIÓN de COLPENSIONES**, así como la **CONSULTA** respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **LUZ MARINA SANTACRUZ TRIVIÑO**, contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 003 2018 00391 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 26 de mayo de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No. 35**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996, en ambiente de virtualidad, autorizados por el artículo 12 del D.L. 491 de 2020 (reuniones no presenciales por cualquier medio) y la Circular PCSJC20-11 del 31 de marzo de 2020.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la **apelación** y la **consulta** en esta que corresponde a la...

SENTENCIA NÚMERO 304

ANTECEDENTES

La pretensión de la demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad del traslado** producido del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad. Así mismo solicitó se condene a Colpensiones a reconocerle y pagarle la pensión de vejez a partir de 24 de octubre de 2013, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó la demandante a través de su apoderada judicial, que el 27 de marzo de 1998 sin fundamento probatorio alguno, se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., afiliación que se efectuó de manera irregular pues no contó con su consentimiento.

Que Horizonte hoy Porvenir S.A. aprobó el traslado a prima media, pero no existe claridad si fue a través de una declaratoria de nulidad o fue un simple traslado.

Indicó que el 29 de noviembre de 2016, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, siéndole negada la prestación. Posteriormente Colpensiones le reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no obstante, no reclamó la suma reconocida y dicha entidad revocó el acto administrativo de reconocimiento de tal prestación.

Las demandadas **PORVENIR S.A.** a través de curadora *ad litem* y **COLPENSIONES**, se opusieron a las pretensiones, pues consideraron que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, **declarando la ineficacia del traslado** del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual y por lo tanto siempre permaneció en el régimen de prima media.

Declaró que la demandante tenía derecho a la pensión de vejez, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por ser beneficiaria del régimen de transición, en cuantía de 1 salario mínimo mensual legal vigente. Condenó a Colpensiones a pagar las mesadas retroactivas causadas desde el 29 de noviembre de 2013, pues encontró prescritas las generadas con anterioridad a dicha calenda. Liquidó el retroactivo pensional desde la fecha en mención hasta el 30 de junio de 2020 en \$61'735.408, suma que ordenó indexar hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, y en adelante impuso intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993. Autorizó a Colpensiones a descontar de las mesadas retroactivas causadas lo correspondiente a los aportes al sistema de seguridad social en salud.

Lo anterior tras evidenciar que la demandante era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años, quien se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual retornando al primero de ellos el 3 de diciembre de 2001.

Indicó que el traslado a Horizonte hoy Porvenir S.A., se efectuó sin que la demandante recibiera la información necesaria para ello, razón por la que resultaba procedente declarar la ineficacia de tal afiliación y en consecuencia aquella conservó los beneficios de la transición, los que conservó con posterioridad a la vigencia de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, pues al 25 de julio de 2005 sumaba 1.138 semanas de cotización.

Establecido que a la demandante le asistía derecho al reconocimiento pensional desde el 24 de octubre de 2013, calenda en que alcanzó los 55 años, fecha en la que contaba con 1.138 semanas cotizadas, pero el disfrute lo establecido a partir del 29 de noviembre de 2013, por encontrarse prescritas las mesadas causadas con anterioridad.

Luego de efectuar las liquidaciones pertinentes, estableció que a la demandante le asistía derecho a una mesada equivalente a 1 salario mínimo mensual legal vigente, por 13 mesadas al año.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLPENSIONES** la apeló señalando que la afiliación de la demandante al fondo privado, se realizó en el ejercicio legítimo que tenía a la libre escogencia del fondo de pensiones de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 1993, razón por la que no puede predicarse la existencia de un error por vicios en el consentimiento y por lo tanto no existen razones fácticas ni jurídicas para que la entidad considere afiliada a quien en la actualidad se encuentra válidamente inscrita en otro fondo de pensiones

CONSULTA

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a la demandada COLPENSIONES se impuso a su favor el grado jurisdiccional de consulta que la Sala pasa a resolver.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 27 de mayo de 2021, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020. No obstante, las partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES:

De cara a lo que es objeto de debate, materia de apelación y consulta, le corresponde a la Sala establecer por el análisis fáctico y jurídico de la actuación de primera instancia si ¿El traslado de régimen del demandante resulta nulo o ineficaz? Y de ser así si le asiste derecho a la pensión de vejez y demás condenas impuestas por la A quo.

Dentro del plenario quedó plenamente acreditado que **LUZ MARINA SANTACRUZ TRIVIÑO nació el 24 de octubre de 1958**, estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 2 de enero de 1980, hasta la fecha de su traslado al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A el 27 de marzo de 1998, retornando con posterioridad al régimen de prima media el 3 de diciembre de 2001, encontrándose desde entonces válidamente afiliada a Colpensiones, tal como se evidencia de la solicitud de afiliación a Horizonte hoy Porvenir S.A. y el certificado emitido por Colpensiones.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

CERTIFICA QUE

Verificada la base de datos de Afiliados, el Señor (a) **LUZ MARINA SANTACRUZ TRIVIÑO** (identificado (a) con **Cédula de Ciudadanía** número **8071354**), se encuentra afiliado (a) desde **02/01/1980** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES y su estado es **INACTIVO**.

INFORMACIÓN HISTÓRICA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES				
Periodo	Forma de Afiliación	Entidad Administradora	Fecha	Administración Precedente (Código CUIT)
Traslado Aprobado de COLPENSIONES a un Fondo de Pensiones	SI	HORIZONTE	27/03/1998	No Aplica
Traslado Aprobado de un Fondo de Pensiones a COLPENSIONES	SI	COLPENSIONES	03/12/2001	No Aplica

La presente certificación se suscribió en Bogotá, el día 12 de octubre de 1987.

[Firma]
Rosa Mercedes Ríos Amador

Así mismo, de la documental allegada se extrae que la demandante prestó servicios como **trabajadora del sector privado** previo a su traslado al ahorro individual.

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen, pues pide la demandante se declare nula, al

considerar que su traslado a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. nunca le presentó documento alguno para firmar como lo exige la ley, pues al parecer su empleador fue quien realizó el traslado, perjudicándola e induciéndola en error.

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 el artículo 114 ibídem expresa: ***“Requisito para el Traslado de Régimen: Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones (...)”***

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 (...)”.***

De modo similar, el artículo 3° del decreto 692 de 1994, (compilado por el Decreto 1833 de 2016) que reglamentó en forma parcial la ley 100 de 1993, señala que a partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, **“podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.”** Esto es el Régimen solidario de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con

solidaridad. Y el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó 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”.**

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso del demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

Ahora, la toma de una determinación de tanta trascendencia, para que sea realmente ejecutada con libertad y seleccionando entre las posibilidades de regímenes pensionales, debe surtirse de manera informada e ilustrada al punto de generar la comprensión en su receptor.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-3464-2019 (14-08-2019), SL-4426-2019, **SL-1689-2019**, 1688, SL-76284-2019, **SL-1452-2019**, SL-1421-2019, **SL-4964-2018**, **SL4989-2018**, SL17595-2017 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)¹, **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga)

¹ “En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica”. (...) “La administradora de pensiones del régimen de ahorro individual tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor que fue anulada, con todos sus intereses y rendimientos que se hubieren causado”. Y que “Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros y en ese orden la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de la nulidad, no debe asumir la mora en el pago íntegro del derecho pensional”.

STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 46.292 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortíz), **33.083 del 22 de noviembre de 2011** y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), del **9 de septiembre de 2008**, rad. **31989** (M.P. Eduardo López Villegas) y **SL31314**, del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

Las decisiones del año 2019, resaltaron las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargos de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información **necesaria** y **transparente** por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el parágrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

Esto es *“no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. 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”.

Lo cual implica, en síntesis para la Corte:

- *“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”.*
- *Un “análisis previo, calificado y holístico 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.*
- *El derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

Se pasó de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría y la necesidad de evaluar judicialmente el cumplimiento de tal complejo deber, de acuerdo con el momento histórico.

Dijo la Sala de Casación Laboral (SL-19447-2017) “(...) es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe (...)” lo cual impacta en la carga de la prueba que le incumbe a quien debió emplear diligencia y cuidado (artículo 1604 C.C.), para concluir la Corte en dicha sentencia y en la citada del año 2010“(...) existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales de

no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional” y que la ineficacia no puede supeditarse a que “el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse” SL-1452-2019.

En el año 2020 a través de fallos de tutela la Sala de Casación Laboral en sentencia STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, aclara voto Luis Benedicto Herrera Díaz y salva voto Jorge Luis Quiroz Alemán), explicó que para apartarse de dicho precedente “*la autoridad judicial solo puede distanciarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso bien por: i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, ii) cambios normativos, iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015)*”.

Y la Sala de Casación Penal de la C.S.J. también emitió sentencias STP17447 de 2019 (M.P. Eyder Patiño Cabrera) y STP12082-2019 amparó el derecho al debido proceso por violación al precedente de la Sala Laboral.

En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, la AFP al momento de realizar la vinculación con la hoy demandante, le suministrara 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.

En efecto, la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, no demostró haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba al demandante su incorporación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, para permitirle valorar las consecuencias negativas de su traslado <desventajas y riesgos>, pues lo cierto es que las AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, no realizó una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS.

En este sentido, no se prueba con la documental, la asesoría completa que aducen las demandadas, por tanto, el demandante desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, ni su modalidad de financiación, lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas. Falencia que se fortalece en el hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas.

Surge de lo dicho que ninguna prueba se aporta al expediente respecto a la entrega de una información con las características requeridas, pese a estar radicada en cabeza de las AFP la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del C.C. Y, en suma, no se efectuó un real estudio de las posibles ventajas o desventajas frente al traslado al momento del acto de vinculación, omisión con la cual se genera la ineficacia –en sentido estricto o de pleno derecho- del cambio de régimen conforme lo señala la ley y la jurisprudencia, y no una nulidad de traslado (porque el afiliado tiene capacidad para contratar, no hay vicios del consentimiento, no hay causa u objeto ilícito. Razones por las que la sala no acoge los planteamientos expuestos por el apoderado de COLPENSIONES.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación del resolutive tercero de la sentencia, habrá de confirmarse que resulta **ineficaz**

el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho- que el 27 de marzo de 1998, realizó la señora LUZ MARINA SANTACRUZ TRIVIÑO del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación del demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros², historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese, así como también la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la ley 100 de 1993 y comisiones de todo tipo a cargo de su propio patrimonio. Además de las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³).

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales del demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación del demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, la que debe subsanar **PORVENIR S.A.**, con la devolución de

² CSJ SCL, Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: “*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada...*”

³ Artículo 1746 C.C. Efectos de la declaratoria de nulidad. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (...).”

lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP el fondo público no percibió dividendo, ni utilidad alguna. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

Dilucidado lo anterior, y de acuerdo con lo que informa la prueba documental allegada al proceso, se tiene que la hoy demandante **cumplió los 55 años de edad el 24 de octubre de 2013**, y cotizó al sistema en pensión un total de **1.070 semanas**, correspondiendo todas a los aportes efectuados con anterioridad al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, razón por la que conservó los beneficios de la transición más allá del 31 de julio de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2014.

PERIODOS (DD/MM/AA)		DÍAS DEL PERIODO	NOTAS DEL CÁLCULO
DESDE	HASTA		
2/01/1980	15/07/1980	196	
16/07/1980	16/12/1980	154	
14/01/1981	31/01/1982	383	
1/02/1982	31/01/1983	365	
1/02/1983	29/02/1984	394	
1/03/1984	31/03/1985	396	
1/04/1985	31/01/1986	306	
1/02/1986	31/01/1987	365	
1/02/1987	30/04/1988	455	
1/05/1988	20/05/1988	20	
29/06/1988	18/07/1988	20	
17/05/1989	16/12/1989	214	
30/01/1990	15/12/1990	320	
20/01/1991	31/07/1991	193	
1/08/1991	20/12/1991	142	
20/01/1992	30/06/1992	163	
1/07/1992	30/09/1992	92	
1/10/1992	30/09/1993	365	
1/10/1993	31/12/1993	92	
1/01/1994	31/08/1994	243	
1/09/1994	30/09/1994	30	
1/10/1994	30/11/1994	61	
1/12/1994	31/12/1994	31	
1/01/1995	31/12/1995	360	
1/01/1996	31/12/1996	360	
1/01/1997	31/12/1997	360	

1/01/1998	31/03/1998	90	PORVENIR S.A.
1/04/1998	31/12/1998	270	
1/01/1999	31/12/1999	360	
1/01/2000	31/12/2000	360	
1/01/2001	30/11/2001	330	
TOTALES		7.490	
TOTAL SEMANAS		1.070,00	

Con fundamento en lo anterior, encuentra la Sala que le asiste derecho a la señora LUZ MARINA SANTACRUZ TRIVIÑO a la pensión de vejez con fundamento en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, desde cuando alcanzó los 55 años de edad, pues para tal calenda – 24 de octubre de 2013 – contaba para esa data con 1.070 semanas de cotización, razón por la que se confirmará la sentencia apelada y consultada, en este sentido.

Conviene indicar que el conteo de semanas de la *A quo* resulta superior al efectuado por el despacho, pues consideró semanas simultáneas cotizadas con anterioridad a 1995.

En cuanto al disfrute de la pensión, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, se exige el retiro del sistema como presupuesto para el disfrute de la pensión de vejez. Sobre la norma anterior, ha dicho la jurisprudencia que es una exigencia válida y necesaria para la efectividad del derecho. Sin embargo, también ha precisado que la prueba de ello no es de ningún modo solemne y en tal virtud puede acreditarse no sólo con la novedad correspondiente sino también con la valoración de circunstancias concurrentes que indiquen inequívocamente la desafiliación o retiro del sistema por parte del afiliado, como lo es la conclusión del vínculo laboral, la cesación de cotizaciones y la reclamación de pensión correspondiente. Pero, se itera, en todo caso es claro que para la efectividad del derecho se requiere el previo retiro del sistema. Así lo ha reiterado diferentes veces la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia por vía de ejemplo en sentencias radicado **SL-1735-2019**, SL325/2018, SL-5603-2016,SL-15091/2015, SL-6035/2015, 52217 de 6 de diciembre de 2011.

En el caso en concreto, la última cotización realizada es del mes de noviembre de 2001, resultado de lo anterior sería indicar que el disfrute de la pensión de vejez de la señora **LUZ MARINA SANTACRUZ TRIVIÑO** se causó el 24 de octubre de 2013, cuando alcanzó los 55 años de edad y reunía más de 1.000 semanas de cotización, tal como lo estimó la *A quo*.

Como quiera que la juez fijó una mesada inicial equivalente al salario mínimo legal, dicho aspecto de la decisión se mantendrá incólume teniendo en cuenta que no fue objeto de reproche por la parte demandante e improcedente resulta su modificación conforme al grado jurisdiccional de consulta que se desata en favor de Colpensiones, más aún, *“si el afiliado siempre ha cotizado sobre el salario mínimo legal mensual vigente no es necesario determinar el ingreso base de liquidación, toda vez que la primera mesada pensional y las siguientes siempre serán equivalentes al salario mínimo”* (SL-14172-2017 del 30-08-2017 (M.P. Donal José Dix Ponnefz).

Derecho pensional que corresponde ser pagado en **13 mesadas** de conformidad con el inciso 8º y el párrafo 6º del artículo 1º del acto legislativo No. 01 de 2005, pues se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011. Como quiera que esta última norma no definió cuál de las dos adicionales se perdía, el despacho reconocerá la prevista en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993 que se causa en el mes de noviembre y se paga en los primeros 15 días de diciembre de cada año, toda vez que la prevista en el artículo 142 en un principio fue querer del legislador reconocerla a un sector determinado de sujetos que ya estaban pensionados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y sólo fue por interpretación constitucional que se le dio un alcance superior a la norma, de manera pues que siendo la voluntad del legislador limitar nuevamente el derecho a trece mesadas se entiende que la que continua es la prevista en el ya señalado artículo 50.

Respecto de la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES al contestar la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., encuentra la Sala que la demandante solicitó el reconocimiento pensional el 29 de noviembre de 2016, recibiendo la negativa de

Colpensiones mediante la resolución GNR 382270 del 16 de diciembre de 2016 y presentó la demanda el 18 de julio de 2018, razón por la que se encuentran prescritas las mesadas retroactivas causadas con anterioridad al 29 de noviembre de 2013 tal como lo consideró la *A quo*.

Aclarado lo anterior, y efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, teniendo en cuenta el valor de la primera mesada pensional calculada por la *A quo*, encuentra la Sala que las mesadas pensionales causadas desde el 29 de enero de 2019 y actualizado al 30 de junio de 2021, ascienden a **\$73´724.185**. La mesada pensional a partir del mes de julio de 2021, asciende a \$908.526, valor que deberá ser actualizado anualmente.

MESADAS ADEUDADAS

PERIODO		Mesada adeudada	Número de mesadas	Deuda total mesadas
Inicio	Final			
29/11/2013	30/11/2013	589.500,00	0,70	412.650,00
1/12/2013	31/12/2013	589.500,00	1,00	589.500,00
1/01/2014	31/12/2014	616.000,00	13,00	8.008.000,00
1/01/2015	31/12/2015	644.350,00	13,00	8.376.550,00
1/01/2016	31/12/2016	689.455,00	13,00	8.962.915,00
1/01/2017	31/12/2017	737.717,00	13,00	9.590.321,00
1/01/2018	31/12/2018	781.242,00	13,00	10.156.146,00
1/01/2019	31/12/2019	828.116,00	13,00	10.765.508,00
1/01/2020	31/12/2020	877.803,00	13,00	11.411.439,00
1/01/2021	30/06/2021	908.526,00	6,00	5.451.156,00
Totales				73.724.185,00

Adicionalmente, conforme el artículo 157 e inciso 2º del artículo 204 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el inciso 3º del artículo 42 del decreto 692 de 1994, y el artículo 69 del decreto 2353 de 2015, se confirmará la autorización a Colpensiones, para que efectúe los descuentos por concepto de aportes al régimen de salud que correspondan, tal como lo estimó la *A quo*.

Ahora bien, la *A quo* impuso condena por los intereses moratorios de artículo 141 de la ley 100 de 1993, al respecto conviene mencionar lo considerado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1309 del 24 de febrero de 2021, en la que indicó:

“Ahora, en lo atinente a la inconformidad de la parte actora relacionada con la absolución por los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe precisarse que los mismos no resultan procedentes, en tanto que la mora en el pago no obedeció a la negligencia, tardanza o demora en el pago de las mesadas por parte de Colpensiones, sino a que al estar afiliado el accionante a la AFP Protección S.A., en principio no era aquella la entidad la encargada de otorgar dicha prestación, y solo ahora en virtud de lo ordenado en las sentencias, es que surge en cabeza de la primera de las nombradas dicha obligación; por lo tanto, no le cabe responsabilidad en la falta de cancelación de las mesadas, razones estas por las que también se confirma el fallo de primer grado sobre este aspecto.”

En consecuencia, se revocará la condena por intereses moratorios y en su lugar, se concede indexación hasta la fecha de pago de las mesadas adeudadas.

Respecto de la indexación de las condenas es pertinente puntualizar que ella es procedente en aquellos casos para compensar el evidente impacto que la pérdida del valor adquisitivo produce en las obligaciones laborales de cumplimiento tardío, tal y como ha sido aceptado por la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siempre que por otra parte no exista un mecanismo de actualización diferente. Así las cosas, en el presente asunto hay lugar a imponer condena en tal sentido, pero desde la ejecutoria de la sentencia hasta la fecha de pago efectivo de la obligación, debiéndose efectuar la actualización con la siguiente fórmula:

$$VA = \frac{VH \text{ (total mesada pensional adeudado)} \times IPC \text{ FINAL (IPC mes en que se realice el pago)}}{IPC \text{ INICIAL (IPC mes en que queda ejecutoriada la sentencia)}}$$

Ante la conclusión anterior, se revocará la condena impuesta por concepto de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, en tanto se accede a la indexación de las condenas a la fecha en que se realice el pago de las mesadas adeudadas y bien es sabido que estos tópicos son excluyentes, por lo que procede la una o la otra, pero nunca las dos dado que en el fondo tienen un fin similar.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de ADICIONARLA así:

I. **ORDENAR** al Fondo de Pensiones AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, DEVUELVA a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán a la demandante, si fuere el caso.

II. **CONDENAR** a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, dentro del término antes señalado, a devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia APELADA y CONSULTADA, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar a la señora **LUZ MARINA SANTACRUZ TRIVIÑO**, la suma de **\$73´724.185**, por concepto de retroactivo pensional causado desde el 29 de enero de 2019 y actualizado al 30 de junio de 2021. Igualmente, se le condena a reconocer y cancelar a partir del 1º de julio de

2021, una mesada pensional equivalente \$908.526, valor que deberá reajustarse anualmente.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **SEXTO** de la parte resolutive de la sentencia APELADA y CONSULTADA, en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la señora LUZ MARINA SANTACRUZ TRIVIÑO, la INDEXACIÓN de las mesadas retroactivas causadas desde la ejecutoria de la presente sentencia y hasta que se haga el pago efectivo de la obligación. Se **REVOCA** y absuelve a **COLPENSIONES** de la condena por intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993. En lo demás se confirma el numeral.

CUARTO: SE CONFIRMA en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, apelante infructuoso y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1`000.000. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

SEXTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página *web* de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

**-Firma Electrónica-
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Firmado Por:

**Monica Teresa Hidalgo Oviedo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 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:

**ecd188d2333bf8c808dd1119aae525f8fc2e874e9f6b7b1c4d0db8003718b8
db**

Documento generado en 12/08/2021 09:57:18 p. m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**