

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **NANCY MARTÍNEZ SANDOVAL**
VS. **PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **760013105 018 2018 00533 01**

Hoy diecinueve (19) de noviembre 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. 1026 del 31 de agosto de 2021, resuelve las **APELACIONES** de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como la **CONSULTA** respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **NANCY MARTÍNEZ SANDOVAL** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 018 2018 00533 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 15 de septiembre de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No. 65**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el artículo 11 del Acuerdo PCSJA21-11840 del 26-08-2021, en ambiente preferente virtual.

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

SENTENCIA NÚMERO 438

ANTECEDENTES

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad de afiliación** producida del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, debiéndose trasladar a Colpensiones, los aportes efectuados junto con los respectivos rendimientos, debiendo PORVENIR S.A. asumir las diferencias a que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencia entre regímenes.

En consecuencia, solicitó se ordene a Colpensiones, reconozca y pague la pensión de vejez conforme las exigencias del artículo 46 (sic) de la ley 100 de 1993, así como el resarcimiento de los perjuicios morales ocasionados en la angustia generada por verse precisada a posponer el goce de su derecho pensional y en directa afectación de su mínimo vital, fruto de su afiliación irregular.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó el demandante a través de su apoderada judicial, que nació 29 de octubre de 1958, iniciando sus cotizaciones ante el Instituto de Seguros Sociales desde el 17 de octubre de 1977, trasladándose a PORVENIR S.A. el 29 de julio de 1997, pues suscribió el formulario de afiliación de manera equivocada, pues su empleador nunca tuvo personería jurídica ya que no fue creada comercial ni laboralmente.

Que el 18 de octubre de 2009, recibió un requerimiento para el pago de aportes de pensión, de parte de Porvenir S.A., razón por la que ella explicó que su afiliación a tal entidad correspondía a un error.

Indicó que en 2012 solicitó ante Colpensiones su afiliación, no obstante, su petición fue rechazada al encontrarse vinculada al régimen de ahorro individual.

Aseveró que PORVENIR S.A. no le brindó información completa, comprensible y justa conforme a la verdad, sobre los beneficios o inconvenientes que implicaba su traslado de régimen.

Consideró que por haber nacido el 28 de octubre de 1958, es beneficiaria del régimen de transición, pues contaba con más de 35 años de edad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, beneficio que conservó con posterioridad al 22 (sic) de julio de 2005.

Las demandadas **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** se opusieron a las pretensiones, considerando que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo. Colpensiones se opuso a la pretensión encaminada al reconocimiento pensional.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO DIECIOCHO 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, ordenó a la AFP **PORVENIR S.A.** trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos.

Condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante NANCY MARTÍNEZ SANDOVAL, a partir del 29 de octubre de 2013, ello conforme lo dispone el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por reunir los requisitos del decreto 758 de 1990. No obstante, no dispuso el disfrute de la prestación hasta cuando aquella se desafiliara del sistema general de pensiones.

Dispuso que el monto pensional debía liquidarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de las cotizaciones efectuadas durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste resulta superior,

correspondiéndole una tasa de reemplazo del 90% conforme las previsiones del acuerdo 049 de 1990.

Autorizó a Colpensiones a descontar de las mesadas que se causen lo correspondiente a los aportes al sistema de seguridad social en salud.

Lo anterior tras considerar que la demandante nació el 29 de octubre de 1958, razón por la que al 1º de abril de 1994, cuando entró en vigencia la ley 100 de 1993, contaba con 35 años de edad, razón por la que es beneficiaria del régimen de transición, el que conservó con posterioridad a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005, pues sumaba 931 semanas al 29 de julio de 2005.

Indicó que al cumplimiento de los 55 años, la demandante sumaba más de 1.000 semanas de cotización, y dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, es decir desde el 29 de octubre de 1993 al mismo día y mes de 2013, contaba más de 500 se cotización, reuniendo las exigencias del artículo 12 de acuerdo 049 de 1990.

Respecto del disfrute de la pensión, lo ordenó desde el día siguiente de la última cotización de la demandante, novedad que no se encontraba acreditada dentro del plenario.

Consideró que el presente asunto había lugar a declarar la ineficacia del traslado que efectuó la demandante desde el régimen de prima media al de ahorro individual.

Absolvió por la pretensión de reconocimiento y pago de perjuicios, pues aquellos no fueron demostrados.

APELACIONES

Inconforme con la decisión, la apoderada de **COLPENSIONES** la apeló argumentando que en los eventos de declaratoria de nulidad del traslado por engaño en que incurrió la administradora de pensiones privada, se

argumenta que el monto de la pensión a reconocer en el régimen de ahorro individual, sería inferior al que se calcularía en prima media, razón por la que se pretende sea Colpensiones quien asuma el pago de la pensión de vejez.

Advirtió que la ley 100 de 1993, tiene una dualidad de sistemas pensionales y permitió el traslado de los afiliados entre aquellos, sin contar Colpensiones con la posibilidad de retener a los afiliados que quisiesen cambiarse de régimen pensional, señalando que no hay ninguna disposición que le imponga tal carga, sin haber tenido responsabilidad o incidencia alguna en el traslado.

Manifestó que si Colpensiones asume la carga del reconocimiento pensional, afectaría a los otros afiliados que si han realizados sus aportes a dicha entidad, motivo por el que la pretensión está llamada al fracaso, aunado a que no hay una disposición que le imponga tal obligación. Aseveró que sería diferente, al demostrarse dentro del plenario el engaño de la AFP y la causación de un perjuicio, y en ese evento la demandante podría pedir la indemnización por tal perjuicio a cargo de quien se lo causó y en este caso sería Porvenir S.A. y no Colpensiones, no obstante, como en segunda instancia no se pueden imponer condenas ultra y extra petita, lo que corresponde es la absolución de las entidades demandadas.

Indicó que el afiliado debió asesorarse al efectuar el traslado, y más aún cuando escogió el RAIS, comportamiento que debe ser analizado para evitar la descapitalización del régimen de prima media, pues ello pone en riesgo los derechos pensionales de los demás aportantes.

Por su parte la apoderada de **PORVENIR S.A.** la apeló argumentando que en la asesoría brindada por los funcionarios de la entidad, se expusieron las particularidades, cualidades, y bondades de cada régimen, para que el interesado escogiera libremente la opción que le resultara más beneficiosa, la que se materializó al momento de suscribir el formulario de afiliación.

Indicó que el hecho que la demandante no se hubiese retractado de su afiliación al RAIS no obedeció a una decisión arbitraria de la entidad, sino a una falta de manifestación de la demandante de su intención de regresar a prima media. Señaló que Porvenir S.A. efectuó publicaciones en diarios de amplia circulación nacional informado acerca de la posibilidad de traslado de régimen de acuerdo con lo establecido en la ley 797 de 2003 y el decreto 3800 de 2003, manteniendo la demandante su deseo de permanecer en Porvenir S.A.

Consideró que los gastos de administración se encuentran debidamente autorizados por la ley, y permiten un correcto manejo de la cuenta de ahorro pensional de los afiliados, generándoseles unos buenos rendimientos.

Se opuso a la condena en costas, pues consideró que Porvenir S.A. siempre ha actuado de buena fe y con sujeción a la ley.

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 07 de octubre 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.

Dentro del término la parte demandante, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, a través de memoriales allegados al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentaron alegatos de conclusión en los cuales ratificaron lo expuesto en la demanda, contestación de la demanda y en el recurso de apelación, respectivamente.

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 de la 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 acreditado que **NANCY MARTÍNEZ SANDOVAL nació el 29 de octubre de 1958** (fl. 24), se afilió al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 17 de octubre de 1977 (fl. 33), hasta la fecha de su traslado al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP PORVENIR S.A. el 1º de septiembre de 1997, tal como se registra en la solicitud de afiliación (fl. 31, 67 y 150) y la certificación de Asofondos (fl. 160).

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 el demandante se declare nula, al considerar que la AFP PORVENIR S.A., no le informó de manera completa, comprensible y a la medida acerca de las modalidades pensionales en el RAIS, y las diferencias con las que obtendría la pensión en prima media. Dijo que la entidad tampoco le informó sobre la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación y de retornar a prima media y finalmente no se le hizo entrega física del pan de pensiones y el reglamento de funcionamiento.

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 surtir 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 SL-3871, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, 3349, 2946, 2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 782, **1217** y 373 de 2021, STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-4811, 4373, 4806, 2877, 2611 de 2020, SL-5630, 4426, **4360**, 5031, **3464 (14-08-2019)**, 2652, **1689, 1688, 1421, 1452**, SL-76284-2019, **SL4989, 4964**, 2372, SL17595 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) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 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**

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”.*

septiembre de 2008, rad. 31989 (M.P. Eduardo López Villegas) y **31314** del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

Las decisiones de los años 2019-2021 resaltan 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 perjudicarle.*
- *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)”*, situación ratificada en fallos STL11868-2021 y STL11430-2021.

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 **PORVENIR S.A.**, no demostró haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba a la 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 la AFP

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, la 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 agudiza con 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).

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos tercero y cuarto de la sentencia, habrá de confirmarse que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- que el 1º de septiembre de 1997** (fl. 31, 67, 150 y 160), realizó NANCY MARTÍNEZ SANDOVAL del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP **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 de la

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 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

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 (...).”

administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

Así mismo se impone a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado. Esto porque resulta innecesaria la exigencia de equivalencia del ahorro contenida en los decretos 3800 de 2003 (literal b) del artículo 3º) y 3995 de 2008. Véase al efecto, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia **11001-03-25-000-2007-00054-00 (1095-07) del 6 de abril de 2011 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve)**.

Artículo que en su totalidad ya había sido suspendido provisionalmente mediante auto proferido el 5 de marzo de 2009 (confirmado 4-08-2010) por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación⁴, al afirmar:

“La exigencia resultaba lesiva, en su mayoría, para quienes tenían la intención de volver al régimen de prima media, pues el saldo de la cuenta pensional, incluyendo los rendimientos, no resultaba suficiente para equiparar la rentabilidad que obtiene el fondo común que administra el Instituto de Seguros Sociales. Además, la rentabilidad obtenida es una circunstancia totalmente ajena al aportante”.

En igual sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencias del 31-01-2007, rad. 27465; 1-12-2009, rad.36301; 9-03-2010, rad. 35406; 14-11-2012, rad. 38366; 14-11-2012, rad.38366, en las cuales se afirmó:

“No resulta razonable exigir a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresan del RAI al RPM, y cumplen el requisito de 15 años o más de servicios o de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, la equivalencia de los aportes legales, puesto que se trata de una exigencia que no fue contemplada por el legislador.”

Ahora respecto de la prescripción, basta recordar que de tiempo atrás tiene decantado la jurisprudencia Constitucional y de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que i) el derecho a la pensión no prescribe, en tal virtud, tampoco, pueden prescribir cualquiera de los elementos que lo

⁴ No. radicación 110010325000200800070 00 (1975-08) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Mediante auto del 4 de agosto de 2010 se resolvió no reponer el auto de 5 de marzo de 2009 proferido por la Sección.

configuren, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; ii) “*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 (...)*” [AL1663-2018, AL3807-2018], esto es, tras la búsqueda “*demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico*” (SL1421-2019), lo cual torna inaplicable la excepción de prescripción y iii) siendo la ineficacia del traslado de régimen un acontecimiento ligado necesariamente a la existencia y procedencia del derecho pensional bajo un determinado régimen pensional, es plausible que su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además, ello atentaría contra el principio de irrenunciabilidad al derecho a la seguridad social y la fundamentalidad de este derecho. Así se expuso también, en sentencia SL 361-2019 (Sala de Descongestión Laboral, M.P. Jorge Prada Sánchez, que reiteró la SL8544-2016).

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 29 de octubre de 2013** (fl. 24), y cotizó al sistema en pensión un total de 1.601.,29, correspondiendo **930,29** 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)		SALARIO COTIZADO	DÍAS DEL PERIODO	NOTAS DEL CÁLCULO
DESDE	HASTA			
17/10/1977	31/12/1977	2.430,00	76	
1/01/1978	18/05/1978	2.430,00	138	
21/09/1978	31/12/1978	3.300,00	102	
1/01/1979	31/01/1979	3.300,00	31	
1/02/1979	31/12/1979	4.410,00	334	
1/01/1980	29/02/1980	4.410,00	60	
1/03/1980	30/09/1980	7.470,00	214	
1/10/1980	31/12/1980	9.480,00	92	
1/01/1981	31/01/1981	9.480,00	31	
1/02/1981	31/12/1981	11.850,00	334	
1/01/1982	31/05/1982	11.850,00	151	
11/02/1983	31/12/1983	14.610,00	324	
1/01/1984	15/01/1984	14.610,00	15	
27/01/1984	16/04/1984	21.420,00	81	

8/03/1985	21/09/1985	21.420,00	198	
31/12/1985	31/12/1985	41.040,00	1	
1/01/1986	31/12/1986	41.040,00	365	
1/01/1987	31/12/1987	47.370,00	365	
1/01/1988	31/01/1988	47.370,00	31	
1/02/1988	31/07/1988	61.950,00	182	
1/08/1988	31/12/1988	70.260,00	153	
1/01/1989	1/04/1989	70.260,00	91	
28/06/1989	30/09/1989	39.310,00	95	
25/09/1991	30/11/1991	61.950,00	67	
1/12/1991	31/12/1991	150.270,00	31	
1/01/1992	31/01/1992	150.270,00	31	
1/02/1992	31/08/1992	165.180,00	213	
1/09/1992	31/12/1992	197.910,00	122	
1/01/1993	31/12/1993	254.730,00	365	
1/01/1994	15/03/1994	370.000,00	74	623,86 semanas al 1 de abril de 1994
1/01/1995	31/01/1995	148.750,00	21	
1/02/1995	28/02/1995	425.000,00	30	
1/03/1995	31/03/1995	425.000,00	30	
1/04/1995	30/04/1995	425.000,00	30	
1/05/1995	31/05/1995	425.000,00	30	
1/06/1995	30/06/1995	425.000,00	30	
1/07/1995	31/07/1995	425.000,00	30	
1/08/1995	31/08/1995	425.000,00	30	
1/09/1995	30/09/1995	425.000,00	30	
1/10/1995	31/10/1995	425.000,00	30	
1/11/1995	30/11/1995	425.000,00	30	
1/12/1995	31/12/1995	425.000,00	30	
1/01/1996	31/01/1996	510.000,00	7	
1/02/2000	31/07/2000	323.586,00	180	
1/08/2000	31/08/2000	373.587,00	30	
1/09/2000	31/12/2000	423.587,00	120	
1/01/2001	30/06/2001	520.000,00	180	
1/07/2001	31/07/2001	520.000,00	30	
1/08/2001	31/12/2001	650.000,00	150	
1/01/2002	31/01/2002	650.000,00	30	
1/02/2002	28/02/2002	650.000,00	30	
1/03/2002	31/03/2002	650.000,00	30	
1/04/2002	31/12/2002	750.000,00	270	
1/01/2003	31/01/2003	790.000,00	30	
1/02/2003	31/05/2003	830.000,00	120	
1/06/2003	30/06/2003	696.250,00	30	
1/07/2003	31/12/2003	562.500,00	180	
1/01/2004	30/06/2004	558.400,00	180	
1/01/2005	31/01/2005	558.420,00	30	
1/02/2005	28/02/2005	335.040,00	18	
1/03/2005	31/03/2005	900.000,00	30	
1/04/2005	30/04/2005	900.000,00	30	
1/05/2005	31/05/2005	762.600,00	30	
1/06/2005	31/12/2005	900.000,00	210	930,29 semanas al 29/07/2005
1/01/2006	31/12/2006	980.000,00	360	1.000 semanas al 07/12/2006
1/01/2007	31/07/2007	1.100.000,00	210	
1/08/2007	31/08/2007	888.733,00	24	
1/09/2007	30/09/2007	884.439,00	24	
1/10/2007	31/10/2007	1.100.000,00	30	
1/11/2007	30/11/2007	1.100.000,00	30	
1/12/2007	31/12/2007	676.400,00	24	
1/01/2008	31/01/2008	1.065.733,00	25	
1/02/2008	29/02/2008	1.064.333,00	25	

731,29 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años: 29/10/1993 al 29/10/2013

1/03/2008	31/03/2008	1.045.733,00	24	
1/04/2008	30/04/2008	1.032.533,00	24	
1/05/2008	31/05/2008	1.037.933,00	24	
1/06/2008	30/06/2008	1.052.600,00	24	
1/07/2008	31/07/2008	1.040.200,00	24	
1/08/2008	31/08/2008	1.027.400,00	14	
1/11/2008	30/11/2008	1.300.000,00	30	
1/12/2008	31/12/2008	1.300.000,00	30	
1/01/2009	31/12/2009	1.300.000,00	360	
1/01/2010	31/12/2010	1.400.000,00	360	
1/01/2011	31/01/2011	1.450.000,00	30	
1/02/2011	31/12/2011	1.500.000,00	330	
1/01/2012	31/08/2012	1.600.000,00	240	
1/09/2012	30/09/2012	566.700,00	30	
1/10/2012	31/12/2012	1.600.000,00	90	
1/01/2013	31/01/2013	1.600.000,00	30	
1/02/2013	31/08/2013	1.700.000,00	210	
1/09/2013	31/12/2013	1.800.000,00	120	1.335,43 semanas a los 55 años, el 29/10/2013
1/01/2014	31/01/2014	1.800.000,00	30	
1/02/2014	31/12/2014	1.900.000,00	330	
1/01/2015	31/01/2015	1.900.000,00	30	
1/02/2015	31/12/2015	2.000.000,00	330	
1/01/2016	31/12/2016	2.200.000,00	360	
1/01/2017	31/12/2017	2.400.000,00	360	
1/01/2018	31/05/2018	2.400.000,00	150	
1/06/2018	31/12/2018	3.000.000,00	210	
TOTALES			11.209	
TOTAL SEMANAS COTIZADAS			1.601,29	

Con fundamento en lo anterior, encuentra la Sala que le asiste derecho a la señora NANCY MARTÍNEZ SANDOVAL 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 – 29 de octubre de 2013– contaba con 1.335,43 semanas de cotización, aunado a que dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, sumó 731.29, semanas de cotización, razón por la que se confirmará la sentencia apelada y consultada, en este sentido.

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, tal como lo estimó el A quo. En el presente asunto conforme se desprende de la

documental allegada, la demandante se encuentra vinculada laboralmente con el empleador FELIXERRE S.A., sin que haya evidencia que hubiese presentado novedad de retiro al sistema. Conclusiones a las que también llegó la *A quo*, sin que tal aspecto fuese objeto reproche por la parte demandante. No obstante se modificará la decisión, en el sentido de indicar que el cálculo del ingreso base de liquidación de la mesada pensional de la demandante, deberá ajustarse a las reglas legales vigentes al momento en que se acredite la desafiliación con Colpensiones, toda vez para tal calculo deben considerarse todas las cotizaciones posteriores al estatus pensional, que le sean útiles a la señora NANCY MARTÍNEZ SANDOVAL.

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 continúa es la prevista en el ya señalado artículo 50.

Frente el argumento expuesto por la apoderada de PORVENIR S.A. al sustentar la alzada respecto de las condenas en costas, conviene indicar que establece el numeral 1º del artículo 365 del CGP, Ley 1564 de 2012, aplicable por analogía en el procedimiento laboral a la voz del artículo 145 del CPTSS, que se condenará por ellas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva de manera desfavorable el recurso de apelación. En este caso, siendo PORVENIR S.A. una de las partes vencida en juicio, habrá de

confirmarse la sentencia apelada y consultada, en el sentido de imponer costas a dicha entidad.

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,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales **TERCERO** y **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia APELADA y CONSULTADA en el sentido de:

I. ORDENAR al Fondo de Pensiones AFP **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.

III. CONDENAR a AFP **PORVENIR S.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 de la 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.

IV. IMPONER a **COLPENSIONES**, una vez ejecutoriada esta providencia, la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales a la afiliada demandante.

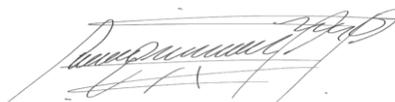
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEXTO** de la parte resolutive de la sentencia APELADA y CONSULTADA, en el sentido de indicar que el cálculo del ingreso base de liquidación de la mesada pensional de la demandante, deberá ajustarse a las reglas legales vigentes al momento en que se acredite la desafiliación con COLPENSIONES, toda vez para tal calculo deben considerarse todas las cotizaciones posteriores al estatus pensional, que le sean útiles a la señora NANCY MARTÍNEZ SANDOVAL. En lo demás se confirma el numeral.

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

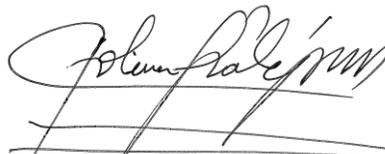
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1`000.000, a cargo de cada una. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

QUINTO: 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: **661c960418a8f508752c98f915988295a172ea4167ab8200dd427b95173d2448**

Documento generado en 18/11/2021 11:36:48 PM

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