

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **MARÍA DEL SOCORRO ZAPATA**
VS. **PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **760013105 015 2019 00422 01**

Hoy diez (10) de diciembre 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. 1614 del 30 de noviembre de 2021, resuelve las **APELACIONES** de la parte **DEMANDANTE** y de **PORVENIR S.A.**, así como la **CONSULTA** respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **MARÍA DEL SOCORRO ZAPATA** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 015 2019 00422 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 1º de diciembre de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No. 86**, 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 503

ANTECEDENTES

La pretensión de la demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad e inoperancia del traslado** producido del régimen

pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con la consecuente imposición de obligaciones de hacer como devolver a Colpensiones los valores contenidos en el saldo de la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos, frutos e intereses que se hubiesen causado, así como el porcentaje destinado el fondo de garantía de pensión mínima, y lo correspondiente a los bonos pensionales en caso de haberse redimido.

En consecuencia, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, por cumplir con los requisitos de edad y semanas, a partir del 3 de abril de 2019, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó la demandante a través de su apoderada judicial, que nació el 3 de abril de 1962, inició sus cotizaciones en el Instituto de Seguros Sociales el 24 de abril de 1987, trasladándose con posterioridad al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. el 1º de agosto de 1997, toda vez que un asesor de dicha entidad le efectuó ofrecimientos extraordinarios y errados respecto de los beneficios de pertenecer al RAIS.

Consideró que Porvenir S.A. no la asesoró respecto del régimen pensional que más le convenía teniendo en cuenta su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando, entre otros factores.

Indico que cotizó en el Instituto de Seguros Sociales 476 semanas, y el Porvenir S.A. 1.007,14 semanas, sumando en total 1.482,71 semanas en toda su vida laboral.

Señaló que Porvenir S.A. le informó que su futura mesada pensional ascendería a \$828.116, ello al momento de cumplir la edad mínima de pensión. Que su mesada pensional calculada con el promedio de los 10 últimos años de cotización anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión ascendería a \$1'343.575,03.

Afirmó que solicitó ante Colpensiones y ante Porvenir S.A. el traslado de régimen, recibiendo la negativa de dichas entidades.

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, pues es una pretensión secundaria y no hay lugar a declarar la principal, aunado a que la entidad no cuenta con los recursos para financiar una mesada pensional, pues se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, **declarando la nulidad o 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.** devolver a COLPENSIONES todos los dineros que haya en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales si los hubiere y los gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a vincular a la demandante al régimen de prima media.

Por “*Sentencia de adición*” negó la pretensión encaminada al reconocimiento pensional, como quiera que la justicia es rogada, sin que sea posible imponer condena por la pensión de vejez cuando no se indicó a quien se debe condenar, pues es una pretensión muy amplia y no se concretó el fondo de la misma.

APELACIONES

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte **DEMANDANTE** la apeló frente a la absolución de la pretensión encaminada la reconocimiento de la

pensión de vejez, pues el Juez debió considerar aquella petición como consecuencia de la solicitud de la ineficacia de la afiliación con Porvenir S.A. y el retorno a Colpensiones, consideró que era claro que el Juez debía aplicar el principio ultra y extra petita, debiéndose reconocer la prestación teniendo en cuenta que de las pruebas obrantes en el plenario se tiene agostada la vía administrativa, ello cuando se solicitó a Colpensiones el reconocimiento pensional, razón por la que requirió el reconocimiento de la pensión, pues la demandante cumple requisitos de edad y de semanas, aunado a que se trata de un derecho fundamental que no puede ser desconocido.

Por su parte la apoderada de **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación argumentando que la entidad cumplió con el deber de información, como lo era exigible el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación. Informó a la demandante condiciones, beneficios, características y limitaciones del RAIS, a lo cual estaba obligada, durante el tiempo en que la actora, suscribió el formulario, entonces la afiliación fue completamente válida en el ejercicio del derecho que le asiste a la libre elección de régimen, por tanto no es dable como se solicita con la demanda y como se argumenta en las consideraciones de la sentencia, que PORVENIR S.A. deba cumplir con el marco legal que regula actualmente el deber de información toda vez que el mismo no estaba vigente al momento en que la actora los suscribió. Señaló que el deber es de doble vía, en ningún momento se probó que la actora acudiera a Porvenir para debidamente informarse después de realizar el traslado del régimen, por lo tanto, no puede exonerarse del deber de que a ella también le atañe de concurrir al acto de afiliación suficientemente informada.

Indicó que la afiliación tuvo plenos efectos y se ajustó a la normatividad vigente en la época que suscribió el formulario de afiliación, la consecuencia de declarar ineficaz un acto jurídico es precisamente entender que el mismo nunca nació a la vida jurídica por tanto debe absolverse a Porvenir de la condena impuesta con relación a la devolución de los rendimientos, toda vez que si se entiende que las cosas deben retrotraerse al estado anterior al que

se encontraban producto de la nulidad e ineficacia del acto de traslado, precisamente la actora nunca tuvo buenos aportes y en ese orden no se generaron rendimientos. No puede ordenarse retornar esos rendimientos toda vez que siendo jurídicamente técnicos, los mismos nunca hubiesen existido.

De igual manera se opone a la condena impuesta con relación a la devolución de los gastos de administración, toda vez que el acto de afiliación, fue completamente valido, y en ejercicio del derecho que le asiste a la actora de la libre elección de régimen, aunado a que no es acorde con los artículos 1746 y 1747 del C.C, por cuanto no se corresponde con lo allí dispuesto en cuanto a las restituciones mutuas, cuando un acto jurídico es declarado nulo es así como no puede obligarse a la demandada devolver un bien y al mismo tiempo obligársele a devolver las sumas que invirtió para mantenerlo y para incrementarlo, es decir los gastos de administración, de igual manera estos tienen una destinación específica que está consagrada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y que obedecen a la correcta administración de los recursos de la actora y la generación de una rentabilidad en los mismos, por cuanto estas sumas consignadas para ese fin ya fueron tomadas, no procede ordenar su devolución en ese sentido no se incurrió en ningún tipo de falta de derecho.

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 25 de junio 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, el apoderado de Colpensiones, a través de memorial allegado al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentó alegatos de conclusión, ratificándose en lo expuesto en la contestación de la demanda

La parte demandante y la demandada Porvenir S.A. 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 de la demandante resulta nulo o ineficaz? Y de ser así si le asiste derecho a la pensión de vejez en los términos solicitados en la demanda.

Dentro del plenario quedó acreditado que **MARÍA DEL SOCORRO ZAPATA nació el 3 de abril de 1962** (fl. 39 y 98 pdf), iniciando sus cotizaciones en el Instituto de Seguros Sociales desde el 26 de junio de 1987 (fl. expediente administrativo pdf), trasladándose al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 1º de agosto de 1997, tal como se registra en el formulario de afiliación (fl. 87 y 97 pdf) y en la certificación de Porvenir S.A. (fl. 198 pdf).

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 la AFP PORVENIR S.A. no la asesoró o informó de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, prestaciones económicas que tendría en el RAIS, beneficios, riesgos desventajas o inconvenientes de dicho régimen.

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 de la 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 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

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”.*

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 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”. De ahí que no se pueda hacer referencia al principio de conservación de un contrato

cosificando al ser humano y sus necesidades ante las contingencias que salvaguardan los derechos sociales.

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)”*, 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 COLPATRIA hoy **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 COLPATRIA 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 brindaron, 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 segundo, tercero y cuarto de la sentencia, habrá de indicarse que

resulta **ineficaz el traslado– en sentido estricto o de pleno derecho– que el 1º de agosto de 1997** (fl. 87, 197 y 198 pdf), realizó MARÍA DEL SOCORRO ZAPATA del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP COLPATRIA 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 de la demandante, al igual que los bonos pensionales hacia su emisor 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 (Decreto 3995 de 2008, art. 7, compilado en el D. 1833 de 2016), pues no puede afectarse la cotización pensional con la distribución propia del RAIS. Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado que se viabiliza por el estudio en consulta a favor de COLPENSIONES. 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,

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 (...).”

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 COLPATRIA hoy **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 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”.

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.

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 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).

Pues bien, aclarado lo anterior y en lo que tiene que ver con la pretensión de reconocimiento pensional, asunto objeto de reproche por la parte demandante al sustentar la alzada, la Sala precisa que, el *A quo* negó la pretensión encaminada al reconocimiento pensional, pues consideró que la parte demandante no indicó a cargo de quién debía quedar la obligación

pensional, cuando de la lectura del acápite de pretensiones y de la lectura integral del escrito de demanda, es fácil concluir que el reconocimiento pensional se solicitó a cargo de Colpensiones, ello como consecuencia de la pretendida declaratoria de ineficacia del traslado de prima media al de ahorro individual. Pretensión que fue objeto de pronunciamiento por parte de Colpensiones al dar respuesta a la demanda, toda vez que se opuso a la prosperidad de la misma, considerando que resultaba válido el traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual, alegando además que la entidad no contaba con recursos para financiar la prestación.

Ante tales circunstancias considera la Sala que si resulta procedente el estudio de la pensión de vejez solicitada en la demanda, frente a la que tuvo Colpensiones la oportunidad de pronunciarse, así como el *A quo* profirió decisión al respecto a través de sentencia de “adición”, siendo el objeto de apelación de la parte actora.

Aclarado lo anterior se tiene que por haber nacido la señora MARÍA DEL SOCORRO ZAPATA el 3 de abril de 1962 (fl. 39 y 98 pdf), y al no contar con 35 años de edad o 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, no fue beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por lo que resulta inane cualquier análisis pensional al respecto.

De acuerdo con lo que informa la prueba documental allegada al proceso, MARÍA DEL SOCORRO ZAPATA registra en su historia laboral, cotizaciones desde el 24 de junio de 1987 hasta el 31 de octubre de 2020, un total de 1.538,71 semanas, de las cuales 1.457,71 semanas corresponden a las aportadas al cumplimiento de los 57 años de edad, el 3 de abril de 2019.

PERIODOS (DD/MM/AA)		DÍAS DEL PERIODO
DESDE	HASTA	
24/06/1987	4/08/1987	42
2/02/1988	21/12/1988	324
1/02/1989	23/12/1989	326
24/01/1990	26/05/1990	123
11/06/1990	22/12/1990	195
5/02/1991	28/02/1991	24
22/07/1991	31/12/1994	1.259
1/01/1995	30/06/1995	180
1/07/1995	31/07/1995	27

1/08/1995	31/10/1995	90	
1/01/1996	31/01/1996	20	
1/02/1996	29/02/1996	30	
1/03/1996	31/03/1996	30	
1/04/1996	30/04/1996	30	
1/05/1996	31/05/1996	30	
1/06/1996	30/06/1996	30	
1/07/1996	31/07/1996	30	
1/08/1996	31/03/1997	240	
1/04/1997	30/06/1997	90	
1/07/1997	31/07/1997	1	
1/08/1997	31/01/1998	180	
1/02/1998	28/02/1998	30	
1/03/1998	31/12/1998	300	
1/01/1999	28/02/1999	60	
1/03/1999	31/08/1999	180	
1/09/1999	30/09/1999	30	
1/10/1999	31/10/1999	30	
1/11/1999	30/11/1999	30	
1/06/2001	31/12/2001	210	
1/01/2002	31/12/2002	360	
1/01/2003	30/06/2003	180	
1/01/2004	31/12/2004	360	
1/01/2005	31/12/2005	360	
1/01/2006	31/12/2006	360	
1/01/2007	31/12/2007	360	
1/01/2008	31/12/2008	360	
1/01/2009	31/12/2009	360	
1/01/2010	31/12/2010	360	
1/01/2011	31/12/2011	360	
1/01/2012	31/12/2012	360	
1/01/2013	31/12/2013	360	
1/01/2014	31/12/2014	360	
1/01/2015	31/12/2015	360	
1/01/2016	31/12/2016	360	1.300 semanas a marzo de 2016
1/01/2017	31/12/2017	360	
1/01/2018	31/12/2018	360	
1/01/2019	31/12/2019	360	1457,71 semanas a los 57 años de edad
1/01/2020	30/10/2020	300	
TOTALES		10.771	
TOTAL SEMANAS		1.538,71	

Decantado lo anterior, evidencia la Sala de la documental allegada a los autos, que la norma habilitante para la determinación del derecho a pensión de la demandante es el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003, que exige a partir del año 2017, 1300 semanas y una edad de 57 años para las mujeres.

Así, la demandante cumple con los requisitos que establece el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003, pues acreditó al 3 de abril de 2019– cuando alcanzó los 57 años de edad – 1.457,71 semanas, razón por la que le asiste derecho a la pensión de vejez, bajo el amparo de la norma antes referida.

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. En el presente asunto conforme se desprende de la documental allegada, la señora MARÍA DEL SOCORRO ZAPATA aún se encuentra efectuando cotizaciones al sistema general de pensiones, sin que haya evidencia que hubiese presentado novedad de retiro al sistema o se haya retirado de la prestación del servicio. Así las cosas, se indicará 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 cálculo deben considerarse todas las cotizaciones que le sean útiles a la señora MARÍA DEL SOCORRO ZAPATA.

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.

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 autorizará a Colpensiones, para que efectúe los descuentos por concepto de aportes al régimen de salud que correspondan, sentido en el que se adicionará la sentencia apelada y consultada.

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 **SEGUNDO, TERCERO y CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia No. 378 del 15 de diciembre de 2020, APELADA, CONSULTADA, y adicionada, en el sentido de:

I. DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado que la señora **MARÍA DEL SOCORRO ZAPATA**, realizó desde el Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual, administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.

II. ORDENAR al Fondo de Pensiones COLPATRIA 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.

III. CONDENAR a la AFP COLPATRIA hoy **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: REVOCAR la “**SENTENCIA DE ADICIÓN**” proferida en **Audiencia Pública del 15-12-2020 APELADA** y en su lugar se **ADICIONA** la sentencia No. 378 del 15 de diciembre de 2020 para **DECLARAR** que a la señora **MARÍA DEL SOCORRO ZAPATA**, le asiste derecho a la pensión de vejez, desde el 3 de abril de 2019, cuyo disfrute operará desde el momento en que efectúe la desafiliación al sistema general de pensiones. **CONDENAR a COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la señora **MARÍA DEL SOCORRO ZAPATA**, la pensión de vejez, a partir de su retiro del sistema general de pensiones, debiendo calcular el ingreso base de liquidación de la mesada pensional de la demandante ajustándose a las reglas legales vigentes al momento en que se acredite la desafiliación con COLPENSIONES, toda vez para tal cálculo deben considerarse todas las cotizaciones que le sean útiles a la señora **MARÍA DEL SOCORRO ZAPATA**, correspondiéndole 13 mesadas al año.

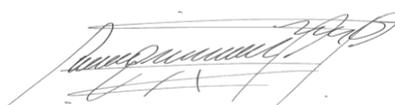
TERCERO: AUTORIZAR a la demandada **COLPENSIONES** para que sobre el retroactivo de las mesadas pensionales a reconocer, efectúe los descuentos por concepto de aportes al régimen de salud que correspondan.

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

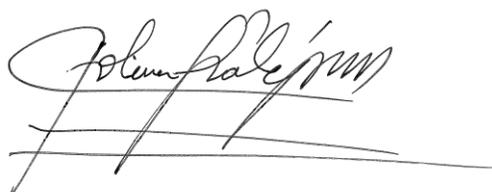
QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, apelante infructuoso y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1`000.000. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

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: **90ef005d08290dee134255a45a5f88450a2d2590ffd23edab7a19d62eba36238**

Documento generado en 09/12/2021 08:04:11 PM

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