



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 07

Audiencia número: 20

En Santiago de Cali, a los cuatro (04) días del mes de marzo de dos mil veintiuno (2021), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 231 del 25 de octubre de 2019 y su complementaria, proferidas por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por la señora OFIR VALENCIA contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

ALEGATOS

El apoderado de la parte actora, formuló alegatos de conclusión, reiterando que la ineficacia del traslado se genera ante las omisiones en que incurrió la administradora de fondos privados de pensiones, sin que se diera una verdadera, ilustración y detallada asesoría respecto de los beneficios, y las posibles riesgos a que se expone conforme al traslado en materia pensional, considerando que hay una flagrante vulneración a los derechos fundamentales y a las garantías mínimas e inalienables, solicitando la confirmación de la decisión de primera instancia.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
OFIR VALENCIA
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
RAD. 76-001-31-05-017-2018-00734-01

El mandatario judicial de PORVENIR S.A. argumenta en los alegatos formulados en esta instancia que no le asiste razón al juez de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz. Además, que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo. Aunado al tiempo de permanencia de la actora por más de 23 años al RAIS, conllevan a colegir que la afiliada recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos que ahora menciona, pese a los diferentes canales de atención con que contaba PORVENIR S.A., lo que denota negligencia de su parte demandante y que ahora pretende sanear a través del proceso. Además, que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y Porvenir S.A., como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros que aunque no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza. Por último, refiere a la excepción de prescripción de la acción de nulidad y no del derecho pensional.

Como quiera que no se decretaron pruebas en esta instancia, se emite a continuación, la siguiente



SENTENCIA No. 20

Pretende la demandante que se declare la nulidad absoluta del traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual, administrado por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. Que se ordene la vinculación y afiliación al régimen de prima media con el traslado del cien por ciento de los aportes pensionales que tiene la actora en la cuenta de ahorro individual en PORVENIR S.A., los que deben ser indexados al momento de realizar el traslado, solicitando además, el reconocimiento y pago de perjuicios. Además, reclama el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando la condición más favorable o beneficiosa, prestación que está a cargo de COLPENSIONES.

En sustento de esas pretensiones, anuncia la demandante que nació el 01 de octubre de 1957, que laboró como Enfermera Jefe en el Hospital de Sevilla, Valle del Cauca, del 03 de julio de 1984 al 11 de agosto de 1995; habiendo realizado cotizaciones por aportes a la seguridad social ante el Instituto de Seguros Sociales al momento de iniciar el vínculo laboral; posteriormente estuvo afiliada a CAJANAL hasta el 31 de enero de 1999.

Que, a partir del 01 de enero de 1999, la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual, administrado por PORVENIR S.A., entidad en la que actualmente se encuentra vinculada.

Que al momento que la demandante se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PORVENIR S.A., entidad ésta que no cumplió con las obligaciones contenidas en el Decreto 1161 de 1994, como son el derecho al retracto, la proyección de expectativa pensional, el



reglamento de funcionamiento, dado que la información que se le dio fue verbal e incompleta.

Que cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión como beneficiaria del régimen de transición. Habiendo solicitado la prestación a PORVENIR S.A., negándole la prestación. Igual reclamación hizo ante COLPENSIONES.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, pero al no subsanar las deficiencias señaladas por el juzgado, se tuvo como no contestada (fl. 187)

Igualmente, se le corrió traslado de la demanda al Agente del Ministerio Público, quien dentro del término legal, dio respuesta señalando que los fondos de pensiones y cesantías tienen responsabilidad profesional con sus afiliados y entre sus múltiples deberes está el de información, el que comprende todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, correspondiéndole a PORVENIR S.A. dando aplicación a la figura de la carga dinámica de la prueba, acreditar dentro del proceso que el traslado de régimen pensional que hizo la actora gozó de transparencia máxima de forma completa y comprensible bajo el cumplimiento de los requisitos legales.

La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. atendiendo el llamado al proceso, a través de mandataria judicial, expuso la oposición a las pretensiones de la demanda, porque no existió vicio del consentimiento por parte de la demandante al momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, por el contrario, la actora diligenció la solicitud de traslado, de forma libre, voluntaria y



espontánea, situación que se corrobora con la firma de la demandante en el formulario pertinente, como constancia expresa de su voluntad de selección y afiliación, razón por la cual, la promotora de esta acción se encuentra válidamente afiliada a PORVENIR S.A.

Plantea las excepciones de mérito que denominó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El proceso se dirime con sentencia, mediante la cual el operador judicial declaró no probadas las excepciones propuestas. Declara la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la actora, con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. en el año de 1998, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES. Condena a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración previstos en el literal g) del artículo 13 y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Impone a COLPENSIONES a recibir la afiliación de la actora, junto con el saldo total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, bono pensional y gastos de administración.

Condena a COLPENSIONES en su calidad de actual administrador del régimen de prima media con prestación definida. A reconocer y pagar a favor de la actora, en forma vitalicia, la pensión de vejez, estatus que adquirió la demandante a partir del 01 de octubre de 2012, en razón de 13 mesadas



anuales, en cuantía del 90% del IBL, prestación que se calcule, la cual quedará sujeta a los reajustes legales de ley, cuyo disfrute estará condicionado al retiro del riesgo de pensiones de la demandante, momento en el cual y para los efectos del cómputo de la pensión se deberá incluir hasta la última semana de cotización, sumado lo aportado al sistema con el tiempo de servicios públicos y lo reportado en bonos pensionales o cálculos actuariales.

En sentencia complementaria, el A quo desestima la pretensión del reconocimiento a favor de la actora de perjuicios.

Para arribar a las anteriores conclusiones el operador jurídico se apoyó en precedentes jurisprudenciales sobre la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, definiendo que la actora al momento de firmar el acto del traslado no fue un hecho libre ante el desconocimiento de las consecuencias que ello acarrearía, razón por la cual declara la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenado a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, bono pensional y gastos de administración. Consideró que la acción de nulidad no está sometida al fenómeno de extinción de la obligación.

En relación con la pretensión de la pensión de vejez, determinó el A quo que la actora es beneficiaria del régimen de transición, porque al 1 de abril de 1994, ella tenía más de 35 años de edad. Régimen que conservó porque a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la demandante había cotizado más de 800 semanas y que a la fecha de la sentencia presenta más de 1543 semanas cotizadas, lo que le dan derecho a la pensión bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta que, con la nulidad de la afiliación declarada, las cosas retornan al estado anterior, por lo tanto, es irrelevante el traslado de régimen pensional que hizo la actora.

No accedió a la condena por perjuicios, ante la omisión probatoria en que incurrió la promotora de esta acción, máxime que ella aún continúa cotizando al sistema de seguridad social en pensiones.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
OFIR VALENCIA
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
RAD. 76-001-31-05-017-2018-00734-01

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, los apoderados de las entidades que integran la parte pasiva, formularon el recurso de alzada, pretendiendo la revocatoria de la providencia de primera instancia, argumentando la apoderada de COLPENSIONES, que el recibir nuevamente a la demandante en el régimen de prima media y además reconocerle la prestación de vejez, es un acto que atenta con la sostenibilidad del sistema, además no se demostró que en la afiliación de la actora, se la haya inducido en error, por lo tanto, el contrato de vinculación al régimen de ahorro individual fue un acto voluntario, ceñido a los requisitos legales, por lo tanto, tiene plena validez. Que COLPENSIONES no es la encargada del reconocimiento de la pensión de vejez porque la demandante escogió el régimen de ahorro individual que es administrado por una entidad ajena a la recurrente.

El apoderado de PORVENIR S.A. censura la nulidad de declaratoria de la nulidad de la afiliación de la demandante, argumentando que se trató de un acto voluntario de ella, habiendo recibido asesoría verbal, de acuerdo con la reglamentación que regía para la data del traslado de régimen pensional. Igualmente, expone su inconformidad por no haberse declarado probada la excepción de prescripción de la acción de nulidad.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia, es adversa a COLPENSIONES, se surte el grado jurisdiccional de consulta por ser la Nación garante de ésta, tal como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 8131 radicación 47158 de 2017.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA



El problema jurídico que deberá dirimir esta Sala, gira en torno a establecer: si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, junto con la devolución de los aportes que se encuentren dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus respectivos rendimientos causados y de ser afirmativa la respuesta, se determinará si la acción de nulidad o ineficacia está prescrita. Además, verificaremos si la actora acredita los requisitos para obtener la pensión de vejez.

Sea lo primero, indicar que en el caso en estudio no se encuentra en discusión los siguientes supuestos fácticos:

1. La fecha de nacimiento de la demandante, el 01 de octubre de 1957, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folios 2.
2. La vinculación laboral de la actora, que inició el 03 de julio de 1984, cuando prestó sus servicios al Hospital Regional “San José de Sevilla Valle”, como lo refiere la certificación que milita a folios 4, que, por demás, indica que con esa institución laboró hasta el 11 de agosto de 1985. Presentando cotizaciones del período 10-03-1987 al 11-12 de 1989 a CAJANAL (fl. 19)
3. La afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, como se observa en la historia laboral que lleva PORVENIR S.A. y que corresponde al período del 01 de abril de 1985 al 30 de enero de 1999 (fl. 135 vto).
4. Se afilia a PORVENIR S.A. en diciembre de 1998, afiliación que empieza su vigencia en enero de 1999 (fl. 132)

Entra la Sala a resolver el primer problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad; resulta viciada y así analizar su consecuente nulidad, frente a dicha afirmación el fondo privado demandado expuso en su defensa que si le brindó asesoría.



Es de recordar que nuestro Sistema de seguridad Social en Pensiones está compuesto por dos regímenes excluyentes pero que coexisten: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (art. 12 Ley 100/93). Además, el literal b) del artículo 13 de esa misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y para tal efecto debe manifestar su elección al momento de la vinculación o traslado; éstos se pueden dar cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de no poderse trasladar cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el Decreto 663 de 1993 y la Ley 795 de 2003.

El *deber de información* es un elemento de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.



Tal deber deviene del postulado señalado en el Decreto 663 de 1993 - *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*- artículo 72 literal f) y artículo 97, normas modificadas por la Ley 795 de 2003, que en su artículo 12 señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar *“debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”*.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los Decretos 2241 de 2010 y 2555 del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el sistema general de pensiones, como: i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que por ley tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retractarse; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que *“las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse”* que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.



Respecto a la nulidad del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, rememora las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, las cuales manifestaron como principal razón en que se fundamentó la declaratoria de nulidad de la afiliación, es el deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.

De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tienen la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión. Carga de la prueba que estaba en cabeza de las administradoras de pensiones, de conformidad con los anteriores precedentes jurisprudenciales y además, expuesto en las sentencias SL 1421 y SL 1452 de 2019.

Descendiendo al caso que nos ocupa, si bien, aparece copia del formulario, diligenciado por la actora, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera



libre y voluntaria, por parte de la demandante que impiden la nulidad solicitada. Pero en palabras de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia SL 1421 de 2019, radicación 56174, preciso sobre esa temática, lo siguiente:

“Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Acreditar dichos presupuestos incumben a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para el afiliado, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión libre...”

En el proceso en curso, omitió el deber proceso de acreditar que a la actora le brindó una información suficiente sobre los beneficios, bondades de cada régimen a fin de que tomará la mejor decisión en relación con su régimen pensional, lo que conlleva a tenderse las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado y con ello la orden a la administradora del RAIS de transferir los valores correspondientes a las cotizaciones, y rendimientos financieros que pertenecen a la cuenta de la demandante a la administradora del régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES, por cuanto al declararse la ineficacia de la afiliación, conlleva el resarcimiento, debiéndose aplicar el artículo 1746 del CC que ordena que en ese resarcimiento se debe incluir los frutos, razón por la cual, al tratarse de la devolución de dinero, éste se debe transferir con sus correspondientes rendimientos. Tal como lo ha interpretado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31989 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL 4964 de 2018.



Se debe mantener la decisión del A quo, que ordena a las administradoras de pensiones demandadas a devolver, además, las sumas que corresponde a gastos de administración. Si bien, es necesario aclarar que esta Sala cambia el criterio expuesto en providencias anteriores, por cuanto considero que éstos eran ordenados por la Ley y nos apoyamos en precedentes jurisprudenciales, tales como la C-789 y C 1024 de 2004, además, SU- 062 de 2010, que refieren al requisito de equivalencia del ahorro, atendiendo que no se destina el mismo porcentaje para los gastos de administración como lo prevé el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. Pero esta Sala acogiendo las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expuestas en la SL 1421 y 4360 de 2019, ésta última que corresponde al fallo de instancia, emitido por esa corporación, donde preciso:

“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones....”

“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargos a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 4964 de 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1688 de 2019)

Por consiguiente, atendiendo las enseñanzas de nuestro órgano de cierre, esta Sala cambia el criterio expuesto anteriormente, por cuanto la no devolución de los gastos de administración sólo opera para la acción en que se persigue el traslado y no la nulidad o ineficacia de éste. Lo que conllevará a mantenerse la decisión de primera instancia.



Ahora bien, la nulidad conlleva a que el estado de cosas, regrese a como se encontraban antes del traslado, así lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL 16190, radicación 48124 del 27 de septiembre de 2017, cuando señala:

“Al tema, es pertinente precisar que cuando se configuran los elementos de juicio necesarios para declarar la nulidad del traslado realizado entre el régimen de prima media y el de ahorro individual con solidaridad, la consecuencia jurídica es que las cosas retornen al estado en que se encontraban antes de que se produjera el vicio que generó la invalidez declarada y, en tales asuntos, como recae sobre el traslado, al afectado con la nulidad se le restablece la situación jurídica que tenía al momento de trasladarse al régimen de ahorro individual, conforme a las previsiones del artículo 1746 del Código Civil que, en lo pertinente, establece: «La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita».

En cuanto a la censura de no haberse declarado probada la excepción de prescripción, argumentando para tal fin que no está en riesgo el derecho pensional, sino la diferencia de la mesada. Debe la Sala aclarar que en el presente caso no se está reclamando la pensión, solo la nulidad y la Sala hace acopio de las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, expuesta en la sentencia SL 1421 de abril de 2019, antes citada y que se pronuncia en torno al medio exceptivo de la prescripción, concluyendo:

“De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad de traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los supuestos fácticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia a propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.”



Atendiendo el precedente jurisprudencial, donde la imprescriptibilidad del derecho a la pensión en sí mismo obedece a su naturaleza de prestación social de tracto sucesivo que se disfruta en forma vitalicia ligado a que como derecho conexo al mínimo vital y al derecho al trabajo, amén que ese derecho a la pensión está sometido a la condición suspensiva de que confluayan los requisitos mínimos exigidos por la ley, lo que implica necesariamente que durante ese lapso no es exigible y por lo tanto, no opera plazo extintivo alguno. Lo que conlleva a no atenderse los argumentos del recurrente y en su lugar, se confirmará la decisión de primera instancia frente a la declaratoria de no probada esta excepción

PENSION DE VEJEZ

Precisamente, ante la nulidad del traslado de régimen pensional, conlleva a que la demandante regrese al régimen de prima media con prestación definida y ante la solicitud de la pensión de vejez, que la demandante reclama de la administradora del régimen de prima media, administrado actualmente por COLPENSIONES, considerando que es beneficiaria del régimen de transición. Para definir esa controversia la Sala parte de lo señalado en la Ley 100 de 1993, para determinar si es o no beneficiaria del régimen de transición, toda vez que el inciso segundo del artículo 36 establece que se debe tener 35 años o más de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados.

La Ley 100 de 1993, entró en vigencia el 1° de abril de 1994, por consiguiente, descendiendo al caso que nos ocupa, al haber nacido la demandante el 01 de octubre de 1957, encuentra la Sala que al momento de entrar en aplicación el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ésta tenía 36 años de edad cumplidos, por lo tanto en principio acredita uno de los requisitos exigidos en la norma en comento para ser beneficiaria del régimen de transición y con ello analizar los presupuestos para la pensión de vejez con la norma anterior a la Ley 100 de 1993.



Ahora bien, debe aclararse que la vigencia del régimen de transición, consagrado en el referido artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fue limitado a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, no obstante, las personas que causen el derecho a la pensión de vejez con posterioridad a dicha calenda, deberán acreditar a la entrada en vigencia de aquella reforma constitucional -25 de julio de 2005-, 750 o más de semanas cotizadas, para que se les extienda el derecho a ser beneficiario de dicho régimen hasta el año 2014.

Antes de proceder la Sala con el análisis del cumplimiento de los presupuestos legales a efectos de definir si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez, es necesario, referirse a la acumulación de tiempo público laborado y no cotizados al ISS, con las semanas que fueron sufragadas directamente en tal entidad y la aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

La Corte Constitucional en reiteradas sentencias de tutela que datan desde el año 2009, ha avalado el cómputo de tiempos públicos y privados para acceder a la pensión contemplada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, cuando se es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (T 090 de 2009); considerando que el referido acuerdo no estableció expresamente que las semanas requeridas debían cotizarse con exclusividad al Instituto de Seguros Sociales. Tal interpretación surge de la aplicación de los *principios de favorabilidad, e indubio pro operario* en favor de los intereses del trabajador, contenido en los artículos 53 de la C.P. y, 21 del C.S.T. (Sentencias T 566 de 2009, T 583 de 2010, T 714 de 2011 y T - 360 de 2012 y SU 769 de 2014).

De otro, lado, la tesis de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era la inviabilidad de la sumatoria de tiempos públicos y privados para otorgar la pensión bajo los reglamentos dispuestos en el régimen privado anterior a la Ley 100 de 1993, es decir, los dispuestos en el Acuerdo 049 de



1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, criterio que ha sido plasmado entre otras en las sentencias SL 16104-2014, del 5 de noviembre de 2014 rad. 44901 y reiterada en la SL 16081-2015 del 07 de octubre de 2015, rad. 48860. Pero el ese criterio fue revaluado por nuestro órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, tal como se expone en Sentencia SL1947-2020, así:

“...Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultractiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultractivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que, si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de

servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultractiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración



Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.”

La Sala partiendo de los anteriores precedentes jurisprudenciales, aplicados para verificar los presupuestos para adquirir el derecho pensional, como para su reliquidación, por consiguiente, se atiende las semanas cotizadas tanto al sector privado como el equivalente al tiempo laborado en las entidades públicas.

Los requisitos para obtener el derecho pensional antes de la Ley 100 de 1993, estaban contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, donde el artículo 12 exige para el reconocimiento de la pensión de vejez, para el caso de los hombres acreditar 60 años de edad y 55 años para el caso de las mujeres y 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad o 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

Veamos si en el caso que nos ocupa se cumplen con esos requisitos:

1. Edad de 55 años: presupuesto que se acredita el 01 de octubre de 2012. Al haber nacido la actora el mismo día y mes del año 1957 (fl. 12)
2. Para conservar el régimen de transición se debe acreditar a julio de 2005 mínimo 750 semanas cotizadas. Al revisarse la historia laboral que aportó PORVENIR S.A. (fls. 135 y s.s.), se observa que la demandante cotizó al 29 de julio de 2005, cuando entra en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, un total de 766.86 semanas, número superior al que exige la reforma constitucional, razón por la cual conservó el régimen de transición; el que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2014, presentando la actora para esa data 1.248.43 semanas.



3. Se debe acreditar 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de edad, o 1000 semanas en cualquier tiempo. Requisito que igualmente se encuentra satisfecho porque de acuerdo con el conteo de tiempo que hace la Sala y que sólo refleja hasta junio de 2019, la demandante presenta un total de 1441 semanas.

Por consiguientes, al haberse acreditado los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se concluye como lo hizo el A quo, que la demandante tiene derecho a la pensión de vejez como beneficiaria del régimen de transición, la que se empezará a causar una vez se haya acreditado el retiro del sistema de seguridad social en pensiones por parte de la señora OFIR VALENCIA, como acertadamente lo determinó el A quo, e igualmente, se mantendrá la decisión de primera instancia en cuanto a la tasa de reemplazo a aplicar que no es otra que el 90% del ingreso base de cotización, atendiéndose hasta la última semana cotizada, razón por la cual al desconocerse si ya hubo retiro del sistema de seguridad social en pensiones por parte de la actora no se puede liquidar el valor de la mesada pensional, obligación que estará a cargo de COLPENSIONES, debiendo atender el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, que prohíbe fijar mesada pensionales inferiores al salario mínimo legal mensual vigente y además el artículo 14 de la misma ley que obliga a reajustar anualmente la mesada pensional, gozando la actora de una mesada adicional como lo señaló la providencia de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Fijándose como agencias en derecho, en esta instancia, en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cancelará cada entidad demandada.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
OFIR VALENCIA
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
RAD. 76-001-31-05-017-2018-00734-01

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia número 231 y su complementaria, emitidas el 25 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Fijándose como agencias en derecho, en esta instancia, en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cancelará cada entidad demandada.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-lasala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>) y a los correos de las partes.

DEMANDANTE: OFIR VALENCIA
APODERADO: LUIS ALFONSO CHARRUPI LEON
Correo: servintegralesltda21@hotmail.com

DEMANDADOS:
COLPENSIONES
APODERADA: MARIA ALEJANDRA MARTINEZ JARAMILLO
www.rstasociados.com.co



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
OFIR VALENCIA
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
RAD. 76-001-31-05-017-2018-00734-01

PORVENIR S.A.
APODERADA. DANIELA CUENCA NARVAEZ
www.porvenir.com.co

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que
en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA

Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ

Magistrada

Rad. 017-201-00734-01



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
OFIR VALENCIA
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
RAD. 76-001-31-05-017-2018-00734-01

ANEXO

EMPLEADOR	DESDE	HASTA	TOTAL DIAS	TOTAL SEMANAS	SEMANAS AL 29/07/05	SEMANAS AL 31 DE DICIEMBRE DE 204	folio
HOSPITAL REG. SEVILLA	03/07/1984	31/03/1985	272	38.86	38.86	38.86	13
CENTRO HOSP. JOSE RUF.	01/04/1985	16/01/1987	656	93.71	93.71	93.71	15 VTO
HOSP. CENTENARIO	10/03/1987	03/02/1988	331	47.29	47.29	47.29	15 VTO
DIRECCION DPTAL	04/02/1988	30/06/1988	148	21.14	21.14	21.14	15 VTO
DIRECCION DPTAL	01/07/1988	30/11/1989	518	74.00	74.00	74.00	15 VTO
DIRECCION DPTAL	01/12/1989	11/12/1989	11	1.57	1.57	1.57	15 VTO
DIRECCION DPTAL	12/12/1989	31/12/1989	20	2.86	2.86	2.86	15 VTO
HOSPITAL UNIVERSITARIO	01/01/1990	31/12/1990	365	52.14	52.14	52.14	15 VTO
INST. SEGURO	21/09/1992	31/12/1993	467	66.71	66.71	66.71	15 VTO
INST. SEGURO	16/02/1994	08/05/1994	82	11.71	11.71	11.71	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	07/06/1994	31/12/1994	208	29.71	29.71	29.71	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/01/1995	31/01/1995	31	4.43	4.43	4.43	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/02/1995	31/12/1995	334	47.71	47.71	47.71	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/01/1996	31/01/1996	31	4.43	4.43	4.43	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/02/1996	31/12/1996	335	47.86	47.86	47.86	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/01/1998	13/11/1998	317	45.29	45.29	45.29	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/01/1999	31/01/1999	31	4.43	4.43	4.43	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/02/1999	28/02/1999	28	4.00	4.00	4.00	16 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/03/1999	31/03/1999	31	4.43	4.43	4.43	16 VTO
CONSORCIO PLANSALUD	01/06/2000	30/06/2000	30	4.29	4.29	4.29	16 VTO
CONSORCIO PLANSALUD	01/07/2000	31/07/2000	31	4.43	4.43	4.43	16 VTO
CONSORCIO PLANSALUD	01/12/2000	31/12/2000	31	4.43	4.43	4.43	16 VTO
CONSORCIO PLANSALUD	01/01/2001	30/04/2001	120	17.14	17.14	17.14	16 VTO
CONSORCIO PLANSALUD	01/09/2001	31/10/2001	61	8.71	8.71	8.71	16 VTO
OFIR VALENCIA	01/10/2002	31/10/2002	31	4.43	4.43	4.43	16 VTO
OFIR VALENCIA	01/12/2002	31/12/2002	31	4.43	4.43	4.43	16 VTO
OFIR VALENCIA	01/01/2003	30/06/2003	181	25.86	25.86	25.86	16 VTO
OFIR VALENCIA	01/08/2003	30/09/2003	61	8.71	8.71	8.71	16 VTO
OFIR VALENCIA	01/11/2003	31/12/2003	61	8.71	8.71	8.71	16 VTO
OFIR VALENCIA	01/01/2004	28/02/2004	59	8.43	8.43	8.43	FL. 17
SOCIEDAD NS.D.R.	01/03/2004	30/08/2004	183	26.14	26.14	26.14	FL. 17
OFIR VALENCIA	31/10/2004	31/12/2004	62	8.86	8.86	8.86	FL. 17
OFIR VALENCIA	01/01/2005	29/07/2005	210	30.00	30.00	30.00	FL. 17
OFIR VALENCIA	30/07/2005	31/12/2005	155	22.14	0.00	22.14	FL. 17
OFIR VALENCIA	01/01/2006	31/12/2006	365	52.14	0.00	52.14	FL. 17
OFIR VALENCIA	01/01/2007	31/12/2007	361	51.57	0.00	51.57	FL. 17
OFIR VALENCIA	01/01/2008	31/12/2008	360	51.43	0.00	51.43	FL. 17
OFIR VALENCIA	01/01/2009	31/07/2009	210	30.00	0.00	30.00	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/09/2009	31/12/2009	120	17.14	0.00	17.14	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2010	31/12/2010	360	51.43	0.00	51.43	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2011	31/12/2011	360	51.43	0.00	51.43	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2012	31/12/2012	360	51.43	0.00	51.43	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2013	31/12/2013	360	51.43	0.00	51.43	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2014	31/12/2014	360	51.43	0.00	51.43	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2015	31/12/2015	360	51.43	0.00		FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2016	31/12/2016	360	51.43	0.00		FL. 18



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
OFIR VALENCIA
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
RAD. 76-001-31-05-017-2018-00734-01

OFIR VALENCIA	01/01/2017	31/12/2017	360	51.43	0.00		FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2018	31/12/2018	360	51.43	0.00		FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2019	30/06/2019	180	25.71	0.00		181.00
				1441.00	766.86	1248.43	