



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MIGUEL ANGEL SOLARTE
DEMANDADO	BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, HOY PORVENIR S.A. Integrada en litis consorcio COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO QUITNO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001 31 05 005 2013 00392-01
INSTANCIA	SEGUNDA - APELACION
PROVIDENCIA	Sentencia No. 422 del 16 de diciembre de 2021
TEMAS	NULIDAD DE TRASLADO EN PENSIONADO En virtud de la autonomía procesal se aparta del precedente recientemente adoctrinado por la CSJ en sentencia 373 de 2021. PENSIÓN DE VEJEZ con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año en virtud del régimen de transición.
DECISIÓN	MODIFICA Y ADICIONA

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el magistrado ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO, en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión, procede resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la Sentencia No. 80 del 24 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario adelantado por el señor **MIGUEL ÁNGEL SOLARTE**, contra **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**, hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, bajo la radicación **76-001-31-05-005-2013-00392-02**.

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor **MIGUEL ÁNGEL SOLARTE** convoco a juicio a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR** pretendiendo se declare la nulidad del traslado de régimen pensional RAIS, dado que para la fecha de este ya contaba con las semanas de cotización necesarias para



adquirir la pensión de vejez en el régimen de prima media, haciéndole falta tan solo dos años para adquirir su derecho pensional.

Así mismo, solicitó que se ordenara la reliquidación de la pensión de vejez en el régimen de prima media, aplicándole para el efecto el IBL de los últimos 10 años y la tasa máxima de reemplazo definida en el Decreto 758/90; intereses moratorios, reajuste de la mesada anualmente conforme al IPC y costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones adujo que, nació el 11 de enero de 1940; que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS-, el 01 de enero de 1967, hasta el mes de mayo de 1998, acumulando un total de 1523 semanas de cotización.

Que se trasladó al RAIS, a través de la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 22 de mayo de 1998, cuando le faltaba 1 año, 8 meses, y 11 días, para cumplir la edad de 60 años. Así mismo, arguyó que el 23 de junio de 1999, la demandada le informó que se le reconocería una pensión anticipada de vejez, en la modalidad de retiro programado en cuantía de \$1.600.000.

Que la entidad demandada, a pesar de que el demandante contaba con más de 1500 semanas y con 58 años, decidió trasladarlo sin explicarle las consecuencias que conllevaría dicha decisión.

Sostuvo que la mesada pensional decreció para los años 2011, 2012 y 2013.

Que, si el demandante hubiese sido pensionado en el Régimen de Prima Media, su mesada pensional ascendería a la suma de \$5.019.985.

TRÁMITE PROCESAL Y SINTESIS DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, el cual la admitió mediante el Auto No. 1463 del 3 de julio de 2013. En esta providencia se ordenó notificar a **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, hoy **PORVENIR**.



La sociedad **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, hoy **PORVENIR**, actuando por intermedio de apoderado judicial, dio contestación a la demanda, en la que se opuso a la totalidad de las pretensiones. Así mismo, se refirió a los hechos de la siguiente forma: en cuanto a lo enunciado en los numerales 1, 2, 5, no le constan; que lo enunciado en los numerales 4, y 13 son ciertos; que lo enunciado en los numerales 6, 8, 9, 10, 11, 14 y 15 no son ciertos; y que lo enunciado en el numeral 3 es parcialmente cierto y el numeral 7 no corresponde a un hecho.

Seguidamente, expuso los hechos, fundamentos y razones de su defensa, y propuso las excepciones perentorias que denominó PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, CARENCIA DE ACCIÓN Y AUSENCIA DE DERECHO SUSTANTIVO, PAGO, COMPENSACIÓN, BUENA FE y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

La instancia concluyó, en un primer momento, mediante la Sentencia No. 252 del 09 de mayo de 2013, en la que se declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, y se accedió a las pretensiones de la demanda.

Esta Sala conoció en apelación la decisión anterior, pero la misma fue declarada nula mediante el Auto Interlocutorio No. 204 del 18 de noviembre de 2014, por cuanto la Sala consideró necesario vincular a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, toda vez que se determinó que la verdadera pretensión del actor, como se encuentra plasmada en el libelo, resulta a todas luces improcedente, pues los regímenes pensionales tienen sus propias características y no es posible aplicar los parámetros del Régimen de Prima Media para liquidar una pensión de vejez en el RAIS.

Por lo anterior, concluyó que la verdadera intención del demandante era la declaratoria de nulidad del traslado del demandante y su consecuente regreso al Régimen de Prima Media, y una vez en este régimen, se procediera a liquidar la prestación con base en los lineamientos del mismo, con los beneficios de la transición.



Posteriormente, mediante el Auto No. 167 del 2 de marzo de 2015, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali ordenó vincular a la Litis a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la que se consideró notificada por conducta concluyente, según las consideraciones vertidas en el Auto No. 188 del 16 de julio de 2015.

Una vez integrada al litigio, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, dio contestación a la demanda por medio de apoderada judicial, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones. Así mismo, se refirió a los hechos de la siguiente forma: en cuanto a lo enunciado en los numerales 1, 2, 3, y 5, son ciertos; que lo enunciado en los numerales 6, 8, 9, 10, 11, 13, 14, y 15, no le constan y deben ser probados; que lo enunciado en los numerales 7 y 12 no son hechos, sino presunciones de la demandante.

Seguidamente, expuso los hechos, razones y fundamentos de su defensa, y propuso las excepciones perentorias que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE y LA INNOMINADA.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI** decidió el litigio en Sentencia No. 80 del 24 de abril de 2017, en la que dispuso:

"(...) **PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones de mérito propuestas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

SEGUNDO: PORVENIR S.A., queda obligado a trasladar a COLPENSIONES como administrador del régimen de prima media con prestación definida, todo el ahorro que hayan efectuado por el afiliado en el régimen de ahorro individual y los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, con todos los rendimientos que hubieren causado, y a COLPENSIONES, autorizar su retorno al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ordenar a COLPENSIONES que una vez reciba los dineros trasladados por PORVENIR S.A., para financiar la pensión, proceda a reconocer y pagar la pensión de vejez en favor del señor MIGUEL ÁNGEL SOLARTE, a partir del 11 de enero de 2000, prestación que deberá ser liquidada con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3 del art. 36 de la ley 100 de 1993, y en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal



mensual vigente, con el reconocimiento consecuencial de las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad, la cual debe ser incrementada anualmente conforme al Índice de Precios al Consumidor, descontando del retroactivo y con destino a PORVENIR S.A., las mesadas que se pagaron por concepto de pensión anticipada.

CUARTO: *absolver a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios*

QUINTO: *Costas a cargo de PORVENIR S.A., inclúyanse en la misma el valor de \$4.000.000, por concepto de agencias en derecho.*

SEXTO: *si no fuere apelada la presente diligencia, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Cali- Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta”.*

RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante: La apoderada judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, pretendiendo la revisión de la decisión en cuanto a cálculo de la pensión, con el fin de que se determine el valor de la mesada pensional, pues sostuvo que la historia laboral del actor sí obra en el expediente. Así mismo, solicitó la liquidación de la misma de la forma más favorable, es decir, con el tiempo que le haga falta, con toda la vida laboral, o con los últimos 10 años de servicios cotizados.

Parte demandada: La apoderada judicial de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, con el fin que, se revoquen los numerales 1, 2 y 5 de la sentencia, por medio de los cuales se ordenó a la demandada que procediera a devolver la totalidad de los aportes recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

Indicó que la sentencia inobservó las Circulares Externas 001 de 2004, 058 de 1998 y 006 de 2011 emanadas de la Superintendencia Financiera que, prescriben que no es posible trasladar de régimen a las personas que se encuentren disfrutando de una pensión, y en consecuencia no podría solicitarse la nulidad de la afiliación, con la consecuente devolución de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, pues en su caso particular viene gozando de una pensión anticipada en ahorro individual, la cual fue concedida inicialmente en el monto de \$1.600.000.



Expresó que también se ordenó la devolución del bono pensional, el cual fue negociado de forma anticipada, por lo que se hacía necesaria la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues es esta entidad la encargada de los bonos pensionales.

Solicitó que, de ordenarse la devolución de los dineros de la cuenta, no se indique que los mismos deban retornados de forma indexada, pues debe tenerse en cuenta que el demandante, al momento de afiliarse, estuvo de acuerdo con las características del régimen.

El proceso también se conoce en grado jurisdiccional de consulta en lo que respecta a la condena a Colpensiones.

CUESTIÓN PROCESAL PREVIA

Se precisa que el proceso fue devuelto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien mediante auto AL 1321 del 7 de abril de 2021 ordenó la nulidad de las actuaciones surtidas en segunda instancia con posterioridad a la sentencia del 17 de mayo de 2018, proferida por esta corporación, al no encontrarse estudiado el proceso en grado jurisdiccional de consulta. Así las cosas, mediante auto No 994 del 15 de septiembre de 2021, se ordenó la Nulidad de la sentencia 128 del 17 de mayo de 2018, proferida por la Sala de discusión.

expuesta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DECRETO 806/2020

Dentro de los términos procesales previstos en el art. 15 del Decreto 806 de 2020 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión:

La **parte demandante** solicitó se confirme la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaratoria de la ineficacia del traslado pero liquidando en concreto el valor de la mesada pensional inicial.

PORVENIR S.A. dijo que en el presente caso la afiliación del actor goza de plena legalidad, por lo que no es de recibo que después de tantos años de permanecer en el RAIS, alegue el desconocimiento de las condiciones por falta de



asesoramiento, solicitó se de aplicación a la sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021.

Encontrándose surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se profiere la siguiente:

SENTENCIA No. 422

No se encuentra en discusión que: **1)** el señor MIGUEL ANGEL SOALRTE nació el 11 de enero de 1940 (fl. 2), por lo que cumplió 60 años el mismo mes y día del año 2000; **2)** Que se afilió al régimen de prima media el 1 de enero de 1967 y estuvo vinculado con diferentes empresas del sector privado hasta el 31 de mayo de 1998, completando un total de 1.504 semanas (pdf8 carpeta digital); **3)** Que el 22 de mayo de 1998 el demandante suscribió solicitud de vinculación por traslado a la Administradora BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (fl.93); **4)**, que el demandante generó cotizaciones a BBVA HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A. entre el 1 de junio de 1998 y el 31 de marzo de 1999, logrando acreditar 38.4 semanas en el RAIS.(carpeta digital); **5)** que al 22 de febrero de 1999, el valor del bono pensional ascendía a la suma de \$309.729.000, cuya negociación fue autorizada por el demandante en la suma de \$263.721.772 (fls 94-97); **6)** que el 23 de junio de 1999, mediante documento visible a folio 101 del expediente, el demandante manifestó haber escogido la modalidad de retiro programado;**7)** igualmente obra a 99 misiva en la cual BBVA HORIZONTE le informa al señor MIGUEL ÁNGEL SOLARTE acerca de la procedencia en el reconocimiento de la pensión de vejez anticipada escogida, en la suma de \$1.600.000 para del mes de junio de 1999.; **8)** tampoco se encuentra en discusión que a partir del año 2011 la mesada pensional del actor empezó a decrecer, pues mientras para el año 2012 ascendía a \$2.788.366, para el año 2011 fue de \$2.594.799, y para el año 2012 fue de \$2.481.495 (fl. 12).

PROBLEMA JURÍDICO

En atención a los recursos de apelación presentados por las partes y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, la Sala como



primer problema jurídico deberá establecer si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, efectuada por el señor **Miguel Ángel Solarte**, pese a que este ostenta la calidad de pensionado por parte de Protección S.A. desde junio de 1999.

Para resolver el primer problema jurídico principal, la Sala deberá estudiar si PORVENIR S.A. cumplió o no el deber de información al momento del traslado de régimen del demandante, y si el reconocimiento de pensión en el Rais ratificó su voluntad de permanecer en tal régimen.

Así mismo se definiría si era necesaria la vinculación del Ministerio de Hacienda dada la negociación del bono pensional.

Como **segundo problema jurídico**, se estudiaría si Porvenir S.A. debe retornar a Colpensiones el total de las sumas de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los gastos de administración y las sumas ya reconocida como pago de mesadas, debidamente indexadas.

De declararse la nulidad del traslado y sus consecuencias, como **Tercer problema jurídico** deberá determinarse en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones si el actor es beneficiario del régimen de transición, y consecuente con ello, si es procedente conceder la pensión de vejez con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año,

La Sala defenderá la siguiente tesis: I) que la Sala de decisión en virtud de la autonomía judicial que le permite apartarse del precedente judicial y dadas las razones que se detallan de manera expresa, amplia y suficiente en la presente providencia, decide separarse del precedente actual de la Corte Suprema de Justicia expresado en la reciente providencia SL 373 de 2021, para continuar con la tesis anterior del órgano de cierre respecto de la posibilidad de nulidad el traslado de aquellos que ya ostentan la calidad de pensionado en el RAIS, ello por cuanto tal interpretación se ajusta más a los fines de estado y la protección de la seguridad social como derecho fundamental además de ajustarse a las garantías de favorabilidad aplicables materia constitucional y laboral; **II)** que en el caso en concreto la nulidad de traslado esta llamada a prosperar, toda vez que BBVA horizonte S,A, S.A. no probó cumplir con su deber de información al momento del



traslado del demandante; **III)** que al señor MIGUEL ANGEL SOLARTE le asiste el derecho a que se le reconozca la pensión de vejez, con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; **VI)** que Colpensiones deberá pagar las diferencias pensionales causadas entre la mesada de pensión de vejez ya reconocida por Porvenir S.A. y aquí liquidada para el RPM.

Para decidir bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

Para resolver los problemas jurídicos que nos convoca, la Sala por efectos metodológicos en primer lugar efectuara un recuento legal y jurisprudencial respecto de la escogencia de régimen pensional, el deber de información y la nulidad de traslado en pensionado:

Frente a la escogencia de régimen pensional:

Como bien es sabido, el Sistema General de Pensiones se encuentra compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cada uno de estos con características propias bien definidas en la Ley.

El Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida es el sistema tradicional, administrado íntegramente por el Estado, mediante el cual los ahorros de los afiliados forman parte de un fondo común de naturaleza pública.

Por otro lado, en el Régimen de Ahorro Individual, los aportes de los afiliados se constituyen en una cuenta de ahorro individual de la cual es titular el afiliado. Este régimen se encuentra conformado por personas jurídicas de derecho privado, las cuales deben constituirse como sociedades anónimas o instituciones solidarias (artículo 91 de la Ley 100 de 1993).

Debe destacarse que la escogencia de un régimen es libre y voluntaria, y una vez efectuada la selección inicial, el afiliado podrá trasladarse de régimen cada cinco años, al tenor de lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de



1993; selección que de acuerdo con el Decreto 692 de 1994, reglamentario de esta ley, se realiza mediante la suscripción de un formulario con el que se aceptan las condiciones propias de éste.

Sobre el deber de información:

Las instituciones pertenecientes al RAIS forman parte del elenco de las entidades del sector financiero, específicamente denominadas sociedades de servicios financieros, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 663 de 1993. Aunado a ello, el artículo 4° del Decreto 656 de 1994 les asigna el rótulo de entidades de carácter previsional, cuyo funcionamiento se debe encaminar *“a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad”*.

Dentro del marco de las relaciones que se establezcan entre estos entes y los afiliados o potenciales afiliados, el ordenamiento jurídico les impone obligaciones de hacer y no hacer, dentro de las cuales se encuentra la contenida en el literal f del artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual consiste en el deber de *“No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas (...)”*.

Ahora bien, se ha sostenido que la responsabilidad de informar al potencial afiliado no solamente se enmarca en el plano contractual, sino que la misma se extiende al plano precontractual¹, es decir, el acatamiento del deber de suministrar información debe encontrarse presente desde el momento en el cual el afiliado toma contacto con la administradora de fondos de pensiones, pues no debe perderse de vista que estas entidades gestionan un patrimonio autónomo cuyo destino ulterior es la protección de las contingencias que deriven de la vejez, invalidez o la muerte.

Es con base en este último aspecto que se afirma que la responsabilidad de estas entidades es de carácter profesional, por lo que se las obliga a seguir

¹ CSJ SL 1452 de 2019, SL1689 de 2019, SL 4429 de 2019 y SL 1217 de 2021.

cabalmente las disposiciones normativas que regulan su funcionamiento, en especial las contenidas en la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y el Decreto 663 de 1993.

Mismo sentido en el que lo explicado la Jurisprudencia, al señalar que este debe estar presente tanto en la etapa precontractual como en la contractual, incluso hasta el momento en el cual el afiliado adquiera el estatus de pensionado. Esta información debe ser *"completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad"*².

Debe resaltarse que no solo es necesario que se suministre la información, a efectos de predicar un consentimiento informado respecto del traslado entre el régimen, sino que es menester que la decisión que derive en dicha situación sea autónoma y consciente, la cual se configura cuando el afiliado entiende a cabalidad tanto los beneficios como los perjuicios que conllevarían su eventual determinación de transferir sus aportes de un régimen a otro³.

En suma, se resalta entonces que la obligación de suministrar la información completa y veraz a tanto a los potenciales vinculados como a los afiliados, e inclusive a los pensionados, recae en las Administradoras de Fondos de Pensiones, pues son éstas las entidades que cuentan con todos los medios técnicos necesarios para asistir al cotizante⁴ y, sobre este punto, jurisprudencialmente se ha definido que es la AFP a la cual se efectuó el traslado a quien le corresponde la carga de la prueba⁵, pues si el afiliado alega que no recibió información debida cuando se afilió, corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca.

Por lo cual la omisión a ese deber en tratándose de la afiliación, o traslado entre regímenes del sistema de seguridad social en pensiones, trae como consecuencia la nulidad de la afiliación o del traslado, ya que debe partirse de que

² CSJ Sala de Casación Laboral. Sentencia del 09 de septiembre de 2008. M.P. Eduardo López Villegas.

³ CSJ Sala de Casación Laboral Sentencia SL12136 de 2014 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), Sentencia SL-17595 de 2017 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL1440, SL1442, SL1465 del 2021.

⁴ Artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, Decreto 2241 de 2010, reglamentario de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2555 de 2010, y la Ley 1748 de 2014. CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019

⁵ Sentencia del 09 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL1688-2019.



la decisión no fue informada (CSJ SL 31989 y 31314, del 9 de septiembre de 2008, SL del 22 de noviembre de 2011 radicado 33083, SL12136).

Nulidad de traslado en pensionado:

La Corte Suprema de Justicia desde la sentencia No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, sentó doctrina señalando que: *"la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, lo que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

(...)

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. (...) "En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada".

En efecto, desde tal providencia se estableció que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales, puntualizando que la nulidad de la vinculación a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, las cuales explicó así "(...) *La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro*



de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales (...)".

En suma, para la Corte la nulidad del traslado entre regímenes implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca se produjo el traslado, o que siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, correspondiéndole asumir a Colpensiones la pensión por vejez, en el caso de pensionados.

La anterior posición fue reiterada por la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia de forma pacífica en distintas providencias como la de Rad. No. 31314 del 6 diciembre de 2011, SL17595-2017, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4811-2020.

Dicha doctrina se mantuvo hasta la reciente sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, en la cual la Corte cambió la posición ya acogida respecto de la nulidad de traslado en pensionado, señalando al respecto que:

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

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



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

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

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

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

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

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada



y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”.

En síntesis, la nueva posición implica que la calidad de pensionado impide la declaratoria de la nulidad de traslado y propone por otro lado que si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

La posición antes descrita no es acogida por la Sala, por lo que se toma la decisión de apartarse de la misma en virtud de la potestad con que se cuenta como expresión de la autonomía judicial, ya que según lo establecido por la Corte Constitucional en su larga jurisprudencia, la autoridad judicial puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contraargumentación que explique las razones del *apartamiento*, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de *apartamiento* del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento de este y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga⁶.

Por lo cual y a pesar de la regla general de obligatoriedad del precedente judicial, al expresarte contundentemente las razones válidas que llevan apartarse del precedente, su decisión será legítima y acorde a las disposiciones legales y constitucionales.

De tal forma que, dada la autonomía judicial que le asiste a Sala, se pasa a detallar de manera expresa, amplia y suficiente las razones por se separa del precedente actual de la Corte Suprema de Justicia respecto de la nulidad de traslado en pensionado:

⁶ Corte Constitucional C-621-15



Pues bien, para ello se hará un recuento de los fundamentos usados por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 373 del 2021 y las razones de sus consideraciones.

En primer lugar, sostiene el órgano de cierre que *"(...) la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (...)"*.

Sobre este primer aspecto, esto es la calidad de pensionado como hecho imposible de retrotraer, debe recordar la Sala que la omisión en que incurre la administradora de fondo de pensiones al incumplir con el deber de información trae como consecuencia un vicio del consentimiento por error de hecho, el cual va en contravía a disposiciones de rango constitucional, como lo son el artículo 20 ibidem, que se ha visto doctrinariamente *"como el derecho que tiene el consumidor a ser bien informado, lo que constituye en un principio esencial del derecho del consumo y sin el cual el consumidor tendría una tutela relativa"* (Arana & Guevara, 2015, p.43).

Y, es que la obligación de información *"debe llevar al logro de una relación contractual transparente entre el productor y consumidor, a través de la información del consentimiento lo cual, por consiguiente, va a contribuir a la transparencia de la competencia en el mercado"* (Poillot, 2006, p. 95).

Es así que los vicios del consentimiento generados por un tercero (asesor de la AFP) no pueden resultar saneados en el momento en el que se alcanza la calidad de pensionado tornando como lo asegura la Corte irreversible tal situación, ya que tal calidad se adquirió en el RAIS se dio como consecuencia de una negociación en la que no se contó la información que el producto, servicio o activo objeto de la transacción, lo que condujo a una decisión errónea, por lo que es claro que la adquisición de una nueva característica en cabeza del contratante, esto es el paso de la calidad de afiliado a pensionado no deja sin efectos el vicio generado en el contrato de traslado de régimen inicial, pues los vicios de la voluntad tornan



invalido el acto, ya que como lo determina el Código Civil⁷, el consentimiento es un factor forzoso para obligarse a los efectos jurídicos del contrato, aspecto que no es superable por el pasar del tiempo ni por el cambio de calidad de las partes como hecho sobreviviente.

De allí que, aun cuando el afiliado ya haya adquirido la calidad de pensionado, es posible que se nulite el traslado de este del RPM al RAIS, pues el acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal solamente cuando existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita⁸, siendo evidente que, si el consentimiento está viciado por alguna de sus clases o modalidades, el negocio jurídico será ineficaz.

Posteriormente, como argumentos indica la Corte respecto de los bonos pensionales que *"puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado debido al pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que revertir esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública"*, afectación que sostiene también puede originarse debido a las pensiones reconocidas en la modalidad de garantía mínima.

Pues bien, para la Sala el menoscabo económico que se pueda generar en cabeza de la Nación y/o entidades oficiales se ve superado con lo resuelto por la misma Corte Suprema de Justicia desde la sentencia No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que se puntualizó que *"(...) la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración (...)"* (Subrayado de la Sala), por lo cual y como en varias ocasiones lo ha señalado la CSJ, 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,

⁷ Art. 1502 del Código Civil.

⁸ Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia SC19730-2017



sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.⁹, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, posición reiterada por la Corte en sentencia SL4811-2020.

Ciertamente como la nulidad fue producida por una 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 razones antes expuestas llevan a la Sala a separarse del precedente actual de la Corte Suprema de Justicia expresado en la reciente providencia SL 373 de 2021, para continuar con la tesis sostenida por más de 12 años por parte del órgano de cierre respecto de la posibilidad de nulidad el traslado de aquellos que ya ostentan la calidad de pensionado en el RAIS ya que sus argumentos presentan una mayor fuerza para decidir, ello por cuanto tal interpretación se ajusta más a los fines constitucionales y legales del estado y la protección de la seguridad social como derecho fundamental no solamente para el afiliado, además de ajustarse a las garantías de favorabilidad aplicables materia constitucional y laboral, pues circunstancia de pensionado no desdibuja la ineficacia que produce todo acto jurídico que se produce contra derecho.

⁹ **ARTICULO 1746 C.C. <EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD>**. 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 las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.



Vertida la tesis a acoger por parte de la Sala, se pasará analizar el caso en concreto y resolver los problemas jurídicos planteados:

Descendiendo al **caso concreto**, sostiene el señor **Miguel Ángel Solarte** que, al momento del traslado, el asesor de **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, hoy **PORVENIR**. no le brindo una información clara, real y completa sobre las implicaciones del negocio jurídica que realizaría, siendo que su caso era especial por superar la densidad de semanas exigidas en el régimen de prima media y hacerle falta tan solo dos años para adquirir su derecho pensional.

Al respecto ha de precisarse que, en el plano probatorio la regla general es que quien pretende beneficiarse de una determinada norma jurídica, debe probar los supuestos de hecho que regula la misma; en otras palabras, la persona que alega determinada situación jurídica debe proporcionar al juzgador las probanzas que sustenten su dicho y que permitan avalar lo pretendido.

No obstante, en ciertos eventos como el aquí debatido, es la parte contra la que se aduce la situación jurídica que dio lugar al proceso, quien tiene la carga de aportar los elementos de prueba que permitan desvirtuar dichas afirmaciones o negaciones, es decir, la carga de la prueba en estos asuntos recae en cabeza de la parte contra la quien se afirman los hechos. Esto es conocido como carga dinámica de la prueba, según la cual se considera que el deber de probar se radica en cabeza de la parte que se encuentre en una mejor posición para hacerlo.

No puede entonces predicarse que existió un consentimiento informado, cuando la información brindada por la AFP fue amañada, incompleta, total o parcialmente falsa; pues ello conduce a afirmar, que la entidad administradora desconoció las normas que regulan la actividad por ella desempeñada, las cuales se traducen en el deber de brindar al afiliado el buen consejo, que no es otra cosa que explicar con suficiencia las condiciones y consecuencias que acarrea un traslado entre regímenes, llegando incluso a desanimar al afiliado de tomar una decisión que a todas luces le es perjudicial.

En efecto, las pruebas documentales no dan cuenta que la AFP demandada hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente al momento del traslado en la forma en que lo ha entendido la



jurisprudencia, deber que no se limita a las proyecciones pensionales, sino que debe comprender cada etapa de la afiliación desde el momento inicial, mostrando las ventajas y desventajas del traslado a realizar, situación que no se logró acreditar en el plenario.

Y, es que pese a que se firmó por parte del demandante un formulario de afiliación al momento del traslado, este documento no es suficiente para entender que la decisión de traslado fue informada, pues se trata de un formato preimpreso para depositar información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios, los cuales son requisitos para materializar el traslado, sin que contenga datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones, en su caso particular, por lo que de tal documento no es posible concluir cumplió con el deber de información¹⁰.

Tampoco es posible predicar que la Administradora demandada le suministró la información completa y comprensible al demandante, por haberse acogido a una pensión anticipada de vejez, bajo la modalidad de retiro programado, si en cuenta se tiene que, la financiación de su pensión de vejez anticipada se obtuvo en realidad con la totalidad del valor del bono pensional, que ascendía a la suma de \$309.729.000 al momento de la fecha de su emisión, el cual fue negociado por tan solo \$263.721.722, pues entre la fecha del traslado efectivo 1 de junio de 1998 y la fecha del reconocimiento pensional, solo se cotizó 38.4 semanas al RAIS, las cuales resultan insignificantes para financiar la pensión de vejez anticipada. (carpeta híbrida)

Lo anterior para decir que el beneficio obtenido en el RAIS fue únicamente transitorio, es decir, el aparente beneficio otorgado solo le sirvió para obtener su pensión de vejez con anterioridad a la fecha de su reconocimiento pensional en el RPM, sin atender las condiciones que implicaba tal situación, tales como el sacrificio del valor del bono pensional y la posibilidad de que su mesada creciera o decreciera según la incidencia del mercado de valores en su cuenta de ahorro individual.

¹⁰ CSJ SL 1217-2021.



Esto permite concluir que no se le suministró la información necesaria al momento de recibir la prestación, pues si bien es cierto se le reconoció la misma de forma anticipada, ello se hizo con enorme sacrificio del título representativo de las cotizaciones efectuadas durante casi toda su vida laboral, recibiendo como contraprestación una mesada pensional de un monto variable e incierto, frente a una de carácter vitalicio y constante. Razón suficiente para avalar la nulidad del traslado del actor del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad.

Conforme a todo lo expuesto, en especial frente a las consecuencias de la nulidad del traslado, se precisa que esta acarrea la nulidad del acto de reconocimiento pensional, y en consecuencia en cabeza de BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. radica la obligación de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor MIGUEL ANGEL SOLARTE, los que incluye lo que pagó por concepto de mesadas pensionales, además de lo que recibió por bono pensional a la fecha de su emisión, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, destinado a la pensión de vejez, tal como lo dispuso la sentencia CSJ, SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 que dijo:

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

Es de recalcar que la declaratoria de la ineficacia de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, no trae consigo la imposición de nuevas obligaciones a cargo de Colpensiones, pues como lo ha sostenido la CSJ en varias oportunidades¹¹, la declaratoria de la nulidad del cambio de régimen

¹¹ Verbigracia es posible consultar las sentencias SL17595-2017 y sentencia del 8 sep. 2008, rad. 31989.



pensional, conlleva a que la Administradora de Pensiones – Colpensiones, este obligada a reconocer que la afiliación del demandante se mantuvo vigente, por lo que los derechos que adquirió al momento de su afiliación al RPM, se mantienen, sin que con ello se afecte la estabilidad financiera del RPM, pues como quedó dicho, recibirla de nuevo en el Régimen de prima media, se correlaciona con la devolución que debe hacer Porvenir S.A., de todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, debidamente indexados.

Siendo así la orden de indexar todos los valores a retronar al régimen de prima media con motivo de la afiliación, se hace inminente, y corresponde a la consecuencia lógica de la imposición de una obligación en contra de la administradora de fondos de pensiones privada por incurrir en un negocio jurídico que nació viciado como fue la afiliación realizada con el demandante. Punto que deberá adicionarse en la sentencia por conocerse en consulta a favor de Colpensiones.

En consecuencia, deberá declararse la nulidad de traslado de régimen realizada por parte del actor, tal como lo consideró la *ad quo*, lo que produce como efecto el retorno al estado de cosas anterior al acto anulado, por lo que, para el caso bajo estudio, es necesario determinar si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez pretendida en el RPM.

Régimen de transición y pensión de vejez:

Como lo pretendido es el reconocimiento pensional con base en el Acuerdo 049 de 1990, para entrar en el análisis del presente caso, se hace necesario primero acudir al artículo **36 de la Ley 100 de 1993**, cuyo inciso 2º consagra el régimen de transición para las personas que a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones el 1º de abril de 1994, tuvieran 40 años si son hombres, 35 años si son mujeres - o 15 años o más de servicios cotizados.

Quienes reúnan una de estas dos condiciones, tienen derecho a que su pensión de vejez se estudie bajo el régimen anterior al cual estaban afiliados, en lo



que tiene que ver con la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y el monto porcentual de la pensión o también denominado tasa de reemplazo.

Este beneficio encuentra su límite temporal en la reforma introducida en el Acto Legislativo 01 de 2005, cuyo parágrafo transitorio 4º establece que el régimen de transición y demás normas que lo desarrollen, no podrá extenderse **más allá del 31 de julio de 2010**; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, es decir, el **25 de julio de 2005**, a quienes se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

El régimen anterior que se aplica a los afiliados al ISS hoy COLPENSIONES, es el contenido en el **Acuerdo 049 de 1990**, según el cual, para acceder a la pensión de vejez es necesario acreditar la edad de 60 años -en el caso los hombres y 55 años para mujeres, un mínimo de **500 semanas** de cotización en los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, o **1.000 semanas sufragadas en cualquier tiempo**.

En este CASO CONCRETO, encuentra la Sala que el señor MIGUEL ANGEL SOLIS, nació el 11 de enero de 1940, lo que quiere decir que tenía 54 años al 1º de abril de 1994 y, por lo tanto, esta cobijado por el régimen de transición. Beneficio que no se afectó por la limitación contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005, pues la edad la completó antes de dicha reforma.

Como estuvo afiliado al ISS hoy **COLPENSIONES**, antes del 1 de abril de 1994, el régimen que resulta aplicable a efectos de analizar la pensión de vejez es el Acuerdo 049 de 1990.

En cuanto a la edad de 60 años, la completó el 11 de enero de 2000. Respecto de la densidad de semanas, conforme a la historia laboral allegada por Colpensiones y Porvenir S.A. en esta instancia, el demandante acredita un total de **1.542.4** semanas entre el 1 de enero de 1967 y el 30 de marzo de 1999.

Así las cosas, resulta procedente el reconocimiento de la pensión de vejez, con fundamento en el Acuerdo 049/90, aplicándole para el efecto del monto pensional la tasa máxima de reemplazo del 90% prevista en su art. 20.



Conforme a las reglas previstas en los art. 13 y 35 del Acuerdo 049/90, la **fecha de disfrute** será a partir del 11 de enero de 2000, calenda del cumplimiento de la edad, pues su última cotización data del año 1998.

En lo referente a la liquidación de la prestación económica, punto de apelación de la parte actora, el ingreso base de liquidación de las personas que - como la demandante- son beneficiarias del régimen de transición, se encuentra regulado por la Ley 100 en dos artículos distintos, cada uno de los cuales se aplica dependiendo del tiempo que le hacía falta al afiliado para adquirir la pensión cuando entró en vigor el Sistema General de Pensiones.

Así, a quienes les faltaban menos de 10 años, el ingreso base de liquidación se encuentra previsto en el inciso 3° del artículo 36. Mientras que, a quienes les faltaban más de 10 años, el ingreso base de liquidación se encuentra regulado en el artículo 21 de la Ley 100.

Al respecto se puede consultar la reiterada y pacífica jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a manera de ejemplo, las Sentencias 20968 del 12 de febrero de 2004, 44238 del 15 de febrero de 2011, SL1734-2015 del 18 de febrero de 2015 y SL16168-2015 del 24 de noviembre de 2015.

Siguiendo las anteriores premisas, encuentra la Sala que en el presente caso la norma aplicable es el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, toda vez que, al demandante le hacían falta **menos** de 10 años para adquirir la pensión, pues cuando entró en vigor el Sistema- 1° de abril de 1994- tenía cumplidos 54 años, restándole cerca de 6 años para acceder a la prestación.

Pues bien, este artículo contempla dos posibilidades para calcular el ingreso base de liquidación: la primera consiste en tomar el promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante el tiempo que le hacía falta para pensionarse; y la segunda, consiste en tomar el promedio de los ingresos de toda la vida laboral. La aplicación de una u otra depende de cuál resulte más favorable. En ambos casos, los salarios deben ser actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE a la fecha del reconocimiento pensional año 2000.



Efectuados los cálculos de instancia, con los salarios de toda la vida y el tiempo que le hacía falta para adquirir la pensión, se obtuvo como IBL más favorable el del tempo faltante, que equivale a **2.081 días**, contados desde el 1 de abril de 1994 y la fecha de causación de la pensión, lo cual arrojó un IBL de **\$2.477.399,96** para el año 2000, al que al aplicarle la tasa de reemplazo del 90%, se obtiene como primera mesada la suma de **\$2.229.659,97** Monto que resulta superior al otorgado por la administradora pensional del Rais, para la misma calenda, que lo fue de \$1.747.680 (fl 187).

Ante la declaratoria de nulidad de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, las cosas retornan a su estado inicial; y en ese sentido Colpensiones deberá asumir el pago de diferencias entre la mesada aquí liquidada para el RPM y la reconocida por BBA HORIZONTE S.A. en el RAIS, y luego del traslado del demandante al RPM, pagará el valor total de la pensión de vejez.

Previo a definir el monto del retroactivo pensional por diferencias, es necesario estudiar la excepción de prescripción, dado que fue presentada por Colpensiones, precisándose además que, de acuerdo con las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, y CSJ SL 4360-2019 la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional es imprescriptible. Empero, si se predica respecto de la exigibilidad de las mesadas causadas que se encuentran a cargo de Colpensiones.

Bien, los artículos 151 del C.P.T y 488 del C.S.T prevén una prescripción de 3 años, que se cuenta desde que el derecho se hace exigible. Este término se puede interrumpir por una sola vez con el simple reclamo escrito del trabajador y se entenderá suspendido hasta tanto la administración resuelva la solicitud (artículo 6 C.P.T y sentencia C-792/06). Sin embargo, en los casos en que la prestación tiene una causación periódica -como las mesadas pensionales- el fenómeno prescriptivo se contabilizada periódicamente, es decir, frente a cada mesada en la medida de su exigibilidad.

En el caso concreto el derecho pensional el derecho se hizo exigible el 11 de enero de 2000. Empero, en el plenario no obra reclamación administrativa ni ante Colpensiones, ni ante PORVENIR S.A. pretendiendo la nulidad del traslado y el



consecuente reconocimiento pensional, por lo que ha de tenerse como fecha de reclamación la presentación de la demanda, que lo fue el 18 de junio de 2013, por lo tanto, se encuentran afectadas de prescripción las diferencias pensionales causadas con anterioridad al **18 de junio de 2010**. Punto que será modificado en la sentencia toda vez que la juez no tuvo en cuenta el fenómeno prescriptivo de las mesadas.

Así las cosas, por efectos de fenómeno prescriptivo, deberá condenarse a Colpensiones a reconocer las diferencias causadas entre la mesada pensional reconocida por parte de BBVA HORIZONTE hoy Porvenir S.A. y la aquí liquidada desde el 18 de noviembre de 2011, y una vez se realice el traslado efectivo del demandante al RPM, comenzará a efectuar el pago de la totalidad de la mesada pensional.

Como en el proceso no obra el valor de todas las mesadas que Porvenir S.A. ha venido cancelando desde el 18 de noviembre de 2010, incluso hasta la fecha de esta decisión, año 2021, sin que sea posible su cálculo ante el decrecimiento de la mesada a partir del año 2011(fl 179); por lo que para efectos de calcular el retroactivo por diferencias pensionales Colpensiones deberá tener en cuenta que, la mesada para los años 2010 a 2021, equivale a las sumas que a continuación se indica:

AÑO	Increm. %	Incre. Fijo	MESADA	SMLM
2.010	0,0317	-	3.989.484,59	515.000,00
2.011	0,0373	-	4.115.951,25	535.600,00
2.012	0,0244	-	4.269.476,23	566.700,00
2.013	0,0194	-	4.373.651,45	589.500,00
2.014	0,0366	-	4.458.500,29	616.000,00
2.015	0,0677	-	4.621.681,40	644.350,00
2.016	0,0575	-	4.934.569,23	689.455,00
2.017	0,0409	-	5.218.306,96	737.717,00
2.018	0,0318	-	5.431.735,71	781.242,00
2.019	0,0380	-	5.604.464,91	828.116,00
2.020	0,0161	-	5.817.434,58	877.803,00
2.021	-	-	5.911.095,27	908.526,00

Se adicionará la sentencia apelada en el sentido de indicar que el retroactivo por diferencias deberá indexarse mes a mes desde el momento de su causación y hasta la fecha efectiva de su pago, y para autorizar a Colpensiones a que, de las



diferencias pensionales a pagar, realice los descuentos en salud. Lo anterior con fundamento en la Ley 100/1993, art. 143 inciso 2, en concordancia con el Decreto 692/1994, art. 42 inciso 3.

Colofón de todo lo expuesto, se adicionará la sentencia para ordenar que los dineros a retornar a COLPENSIONES provenientes de la cuenta de ahorro individual deben hacerse indexados; también, se modificará la decisión respecto de la fecha a partir de la cual Colpensiones reconocerá las diferencias pensionales debidamente indexadas, por efectos de la prescripción y se ordenará los descuentos a salud.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. a quien no le prosperó el recurso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero en el sentido de declarar no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas, salvo la de prescripción a favor de Colpensiones, respecto de las diferencias por mesadas pensionales causadas con anterioridad al 18 de junio de 2010.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada en el sentido de indicar que la devolución de todos los valores que hubiere recibido BBVA Horizonte hoy Porvenir S.A. con motivo de la afiliación del señor MIGUEL ANGEL SOLARTE, como mesadas pensionales, lo que recibió por bono pensional a la fecha de su emisión, gastos de administración, comisiones y demás, deberán devolverse a COLPENSIONES debidamente indexados al momento de su retorno.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero **de la sentencia apelada** en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a que reciba la afiliación y los dineros provenientes de la cuenta de ahorro individual del señor MIGUEL ANGEL SOLARTE desde el



momento en que aquel se trasladó al RAIS, con motivo a la nulidad de traslado. Como consecuencia de ello, **reconozca** a favor del señor **MIGUEL ANGEL SOLARTE** la pensión de vejez con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a partir del 11 de enero de 2000; y pague las diferencias pensionales causadas entre la pensión otorgada en el RAIS y la que le corresponde en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, a partir del 18 de junio de 2010, y hasta cuando se realice el traslado efectivo del demandante al RPM, momento a partir del cual tendrá que efectuar el pago de la totalidad de la mesada pensional.

Para lo anterior, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES deberá tener en cuenta que la mesada del señor MIGUEL ANGEL SOLARTE para los años 2010 a 2021, equivale a las sumas que a continuación se indica:

AÑO	Increm. %	Incre. Fijo	MESADA	SMLM
2.010	0,0317	-	3.989.484,59	515.000,00
2.011	0,0373	-	4.115.951,25	535.600,00
2.012	0,0244	-	4.269.476,23	566.700,00
2.013	0,0194	-	4.373.651,45	589.500,00
2.014	0,0366	-	4.458.500,29	616.000,00
2.015	0,0677	-	4.621.681,40	644.350,00
2.016	0,0575	-	4.934.569,23	689.455,00
2.017	0,0409	-	5.218.306,96	737.717,00
2.018	0,0318	-	5.431.735,71	781.242,00
2.019	0,0380	-	5.604.464,91	828.116,00
2.020	0,0161	-	5.817.434,58	877.803,00
2.021	-	-	5.911.095,27	908.526,00

CUARTO. ADICIONAR la sentencia apelada en el sentido de indicar que el retroactivo causado por las diferencias pensionales deberá ser indexado por parte de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** mes a mes desde el momento de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

QUINTO. ADICIONAR la sentencia para autorizar a COLPENSIONES a que, del retroactivo por diferencias pensionales, realice los descuentos a salud que corresponde efectuar al demandante, en calidad de pensionado.



CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

SEXTO. COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP demandada por no salir avante en su recurso de apelación. Como agencias en derecho se fija la suma de 1 smlmv.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias>.

En constancia se firma.

Los Magistrados,

Se suscribe con firma electrónica

ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Magistrado Ponente

MARY ELENA SOLARTE MELO

GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

**Antonio Jose Valencia Manzano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 7 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: **af16f4f17a509bcb98b8044a52eae890e71e796bfd433a0dee0c84abdb15ee30**

Documento generado en 15/12/2021 08:48:21 PM

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