

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **WILLIAM BERNARDO PARRA TRUJILLO**
VS. **PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **760013105 013 2019 00175 01**

Hoy diez (10) de diciembre de 2021, surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en ambiente de escrituralidad virtual y aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D. 1614 del 30 de noviembre de 2021, resuelve las **APELACIONES** de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como la **CONSULTA** respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **WILLIAM BERNARDO PARRA TRUJILLO** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 013 2019 00175 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 13 de octubre de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No. 73**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el artículo 11 del Acuerdo PCSJA21-11840 del 26-08-2021, en ambiente preferente virtual.

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

SENTENCIA NÚMERO 485

ANTECEDENTES

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **ineficacia e inoperancia del traslado** producido del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con la consecuente imposición de obligaciones de hacer como devolver a Colpensiones los valores contenidos en el saldo de su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos, frutos e intereses que se hubieren causado, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, y lo correspondiente a los bonos pensionales en caso de haber sido redimidos. Solicitó se declare que para efectos pensionales continúa afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida al que pertenecía antes del traslado declarado nulo.

En consecuencia, solicitó se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 27 de enero de 2017, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en la cuantía que resulte probada, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, hasta el momento en que le sea efectivamente cancelada la pensión de vejez con su correspondiente retroactivo.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó el demandante a través de su apoderada judicial, que nació el 27 de enero de 1955, iniciando sus cotizaciones en el Instituto de Seguros Sociales desde el 19 de enero de 1988, trasladándose al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. el 1º de mayo de 1995, sin recibir asesoría respecto al régimen pensional que más le convenía teniendo en cuenta entre otras cosas, su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando.

Que solicitó ante Colpensiones su traslado de régimen, recibiendo la negativa de la entidad. Así mismo, PORVENIR S.A. también negó su solicitud de traslado.

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

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, **declarando la ineficacia del traslado** del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, ordenó a la AFP **PORVENIR S.A.** trasladar a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos. Ordenó a Colpensiones recibir los recursos de la cuenta de ahorro individual con rendimientos del demandante WILLIAM BERNARDO PARRA TRUJILLO y contabilizarlos en forma automática y sin solución de continuidad en el fondo común como semanas cotizadas.

Condenó a COLPENSIONES a reconocer, liquidar y pagar a WILLIAM BERNARDO PARRA TRUJILLO la pensión de vejez, conforme al artículo 33 y 34 de la ley 100 de 1993, liquidada conforme el artículo 21 de la misma legislación teniendo en cuenta hasta su última semana de cotización.

Absolvió de la pretensión encaminada al reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Lo anterior tras considerar que el demandante nació en 1955, alcanzando los 62 años en 2017, momento en el que contaba con más de 1.300 semanas y por ende reúna las exigencias mínimas para acceder a la pensión de vejez, en razón de 13 mesadas anuales. Encontró que en toda su vida laboral, reunía 1.438 semanas.

Señaló que conforme lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990, para establecer el monto de la primera mesada pensional, debía

tenerse en cuenta hasta la última semana de cotización, sin que fuese posible establecer tal extremo, pues aún continuaba vinculado laboralmente, imposibilitándose liquidar el retroactivo pensional. Indicó que la totalidad de las semanas no solamente resultaba útil era para la construcción del ingreso base de liquidación, sino también para determinar el porcentaje de la tasa de reemplazo, teniendo en cuenta que superó las 1300 semanas de cotización.

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

APELACIONES

Inconforme con la decisión, la apoderada de **COLPENSIONES** apeló la sentencia argumentando que la declaratoria de ineficacia del traslado de un afiliado del régimen de prima media al RAIS, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Hizo referencia a sentencias de la Corte Constitucional, señalando que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados, pues el régimen de prima media se descapitalizaría, concepto expuesto en la sentencia SU 130 de 2013.

Refirió que el demandante ya cuenta con la edad mínima de pensión, circunstancia que contraría lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 797 de 2003.

Indicó que en caso de confirmarse la ineficacia de la afiliación al RAIS, se ordene además de lo dispuesto en la sentencia, la devolución de las comisiones de administración y el dinero destinado al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado, ello en observancia del equilibrio financiero del sistema.

Respecto de la orden de reconocimiento de la pensión de vejez, consideró que debe tenerse en cuenta que el reconocimiento y pago, se haga una vez el fondo privado haga la devolución efectiva de dichos dineros, pues no se conoce la fecha exacta en el fondo haga dicha devolución.

Por su parte la apoderada de **PORVENIR S.A.** apeló la sentencia argumentando que la entidad si cumplió con el marco legal que regulaba el deber de información y que se encontraba vigente al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación, lo que le permitió válidamente afiliarse. Que las obligaciones impuestas con relación al deber de información, nacieron con el desarrollo jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por tanto para la época de la afiliación Porvenir S.A. no estaba obligada a dejar constancias escritas diferentes al formulario de afiliación.

Señaló que si la consecuencia de la ineficacia en entender que el acto jurídico nunca nació a la vida jurídica, no es posible imponer condena por concepto de devolución de los rendimientos, pues su las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de efectuarse la afiliación, debe entenderse que Porvenir nunca recibió los aportes del demandante y que nunca se generaron unos rendimientos a su favor.

Indicó que el demandante es abogado y como tal tiene mejor acceso a la normatividad que regula los regímenes pensionales.

CONSULTA

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 15 de octubre de 2021, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020.

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

La parte demandante guardó silencio.

CONSIDERACIONES:

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

Dentro del plenario quedó acreditado que **WILLIAM BERNARDO PARRA TRUJILLO nació el 27 de enero de 1955** (fl. 44 y 75 pdf), se vinculó laboralmente con la Alcaldía Municipal de Ibagué, desde el 19 de octubre de 1988, reportando vinculación con Cajanal desde el 10 de junio de 1993, afiliándose al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A. desde marzo de 1995, tal como se registra en la solicitud de afiliación (fl. 95 a 205 pdf).

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

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

considerar que la AFP PORVENIR S.A. no lo asesoró o informó de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencia entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que tendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de éste régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos personales que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones.

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b), de la ley 100 de 1993 que: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley”.** Y el artículo 114 ibídem expresa: *“Requisito para el Traslado de Régimen: Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera **libre, espontánea y sin presiones (...)**”*

Y a su vez, de manera expresa el artículo 271 de la ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para el empleador o cualquier persona natural o jurídica que: *“impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”, con la consecuencia que **“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (...)**”.*

De modo similar, el artículo 3° del decreto 692 de 1994, (compilado por el Decreto 1833 de 2016) que reglamentó en forma parcial la ley 100 de 1993,

señala que a partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, “podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.” Esto es el Régimen solidario de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Y el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que **“La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”.**

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

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

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias SL-3871, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, 3349, 2946, 2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 782, **1217** y 373 de 2021, STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-4811, 4373, 4806, 2877, 2611 de 2020, SL-5630, 4426, **4360**, 5031, **3464 (14-08-2019)**, 2652, **1689, 1688, 1421, 1452**, SL-76284-2019, **SL4989, 4964**, 2372, SL17595 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando

Castillo Cadena)¹, **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortíz), **33.083 del 22 de noviembre de 2011** y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), del **9 de septiembre de 2008, rad. 31989** (M.P. Eduardo López Villegas) y **31314** del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

Las decisiones de los años 2019-2021 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargos de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el parágrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

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

Esto es *“no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público”*. De ahí que no se pueda hacer referencia al principio de conservación de un contrato cosificando al ser humano y sus necesidades ante las contingencias que salvaguardan los derechos sociales.

Lo cual implica, en síntesis para la Corte:

- *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.
- *Un “análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo.*
- *El derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

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

Dijo la Sala de Casación Laboral (SL-19447-2017) *“(…) es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe (…)”* lo cual impacta en la carga de la prueba que le incumbe a quien debió emplear diligencia y cuidado (artículo 1604 C.C.),

para concluir la Corte en dicha sentencia y en la citada del año 2010“(…) existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional” y que la ineficacia no puede supeditarse a que “el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse” SL-1452-2019.

En el año 2020 a través de fallos de tutela la Sala de Casación Laboral en sentencia STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, aclara voto LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ y salva voto JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN), explicó que para apartarse de dicho precedente “la autoridad judicial solo puede distanciarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso bien por: i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, ii) cambios normativos, iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015)”, situación ratificada en fallos STL11868-2021 y STL11430-2021.

Y la Sala de Casación Penal de la C.S.J. también emitió sentencias STP17447 de 2019 (M.P. Eyder Patiño Cabrera) y STP12082-2019 amparó el derecho al debido proceso por violación al precedente de la Sala Laboral. En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, la AFP al momento de realizar la vinculación con la hoy demandante, le suministrara una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció. En efecto, la AFP **PORVENIR S.A.**, no demostró haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba a el demandante su incorporación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, para permitirle valorar las consecuencias negativas de su traslado <desventajas y riesgos>, pues lo cierto es que la AFP **PORVENIR S.A.**, no realizó una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS.

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

Surge de lo dicho que ninguna prueba se aporta al expediente respecto a la entrega de una información con las características requeridas, pese a estar radicada en cabeza de las AFP la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del C.C. Y, en suma, no se efectuó un real estudio de las posibles ventajas o desventajas frente al traslado al momento del acto de vinculación, omisión con la cual se genera la ineficacia –en sentido estricto o de pleno derecho- del cambio de régimen conforme lo

señala la ley y la jurisprudencia, y no una nulidad de traslado (porque el afiliado tiene capacidad para contratar, no hay vicios del consentimiento, no hay causa u objeto ilícito).

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutiveos tercero y cuarto, de la sentencia, habrá de confirmarse que resulta **ineficaz el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho- que en marzo de 1995** (fl. 95 y 205 pdf), realizó WILLIAM BERNARDO PARRA TRUJILLO del Régimen de Prima Media administrado por la Alcaldía Municipal de Ibagué y por CAJANAL al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP PORVENIR S.A. En tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación del demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros², historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese, así como también la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la ley 100 de 1993 y comisiones de todo tipo a cargo de su propio patrimonio. Además de las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima (Decreto 3995 de 2008, art. 7, compilado en el D. 1833 de 2016), pues no puede afectarse la cotización pensional con la distribución propia del RAIS. Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado que se viabiliza por el estudio en consulta a favor de

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

COLPENSIONES. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³).

Cabe aclarar que por encontrarse el demandante vinculado a la Alcaldía Municipal de Ibagué y Cajanal, previa a su afiliación al Régimen de Ahorro Individual, en principio podría decirse que la ineficacia del traslado, produciría el efecto de retornar a la misma entidad, no obstante con el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009, se dispuso la liquidación obligatoria de CAJANAL EICE, lo que implica que debe darse aplicación al artículo 4 del Decreto 692 de 1994, que dispone: “(...) *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están. Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación. Los servidores públicos que no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, **así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.***” (Subrayas y negrilla del Despacho).

En sentencia SL-1305 de 2021 la Sala de Descongestión No. 4 de Casación Laboral de la C.S.J. con base en las sentencias CSJ SL, 2 feb. 2006, rad. 27188 y CSJ SL, 8 ago.2003, rad. 21053 adujo que: “(...) una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resultó afiliada automáticamente al RPMPD, por pertenecer a la Caja de Previsión Municipal de Pasto, siendo ésta su primera selección, así se colige de la interpretación de los artículos 52 y 28 (sic-se entiende 128) de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 (sic-se entiende D.692) de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el mencionado régimen”.

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

Así, como el demandante se insertó al RAIS y ante la imposibilidad de retornar a CAJANAL quien debe asumir su retorno al régimen de prima media, es COLPENSIONES, tal como lo determinan las normas en cita, en armonía con el artículo 128 de la ley 100 de 1993 y la prohibición contenida en el artículo 129 ibídem de creación de nuevas entidades de previsión o de seguridad social del sector público.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales del demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación del demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, la que debe subsanar **PORVENIR S.A**, con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP el fondo público no percibió dividendo, ni utilidad alguna. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

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

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

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

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

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

Ahora respecto de la prescripción, basta recordar que de tiempo atrás tiene decantado la jurisprudencia Constitucional y de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que i) el derecho a la pensión no prescribe, en tal virtud, tampoco, pueden prescribir cualquiera de los elementos que lo configuren, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; ii) *“las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida (...)”* [AL1663-2018, AL3807-2018], esto es, tras la búsqueda *“demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico”* (SL1421-2019), lo cual torna inaplicable la excepción de prescripción y iii) siendo la ineficacia del traslado de régimen un acontecimiento ligado necesariamente a la existencia y procedencia del derecho pensional bajo un determinado régimen pensional,

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

es plausible que su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además, ello atentaría contra el principio de irrenunciabilidad al derecho a la seguridad social y la fundamentalidad de este derecho. Así se expuso también, en sentencia SL 361-2019 (Sala de Descongestión Laboral, M.P. Jorge Prada Sánchez, que reiteró la SL8544-2016).

Pues bien, aclarado lo anterior y en lo que tiene que ver con la pretensión de reconocimiento pensional, la Sala precisa que, por haber nacido el señor WILLIAM BERNARDO PARRA TRUJILLO el 27 de enero de 1955 (fl. 44 y 75 pdf), y al no contar con 40 años de edad o 15 años de servicios al 1º de abril de 1994, no fue beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y aun si en algún momento fue beneficiario de dicho régimen, no conservó tales beneficios más allá del 31 de diciembre de 2014, pues los 60 años los alcanzó el 27 de enero de 2015, por lo que resulta inane cualquier análisis pensional al respecto

De acuerdo con lo que informa la prueba documental allegada al proceso, WILLIAM BERNARDO PARRA TRUJILLO registra en su historia laboral, cotizaciones desde el 19 de octubre de 1988 hasta el 31 de diciembre de 2017, un total de 1.449,86 semanas, de las cuales 1.402,29 semanas corresponden a las aportadas al cumplimiento de los 62 años de edad.

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	DÍAS DEL PERIODO	NOTAS DEL CÁLCULO
DESDE	HASTA			
19/10/1988	5/02/1990	100,00	475	
1/03/1991	1/06/1993	100,00	824	
10/06/1993	31/12/1994	100,00	570	
1/01/1995	30/04/1995	100,00	120	
1/05/1995	31/12/1995	100,00	240	
1/01/1996	31/12/1996	100,00	360	
1/01/1997	31/12/1997	100,00	360	
1/01/1998	31/12/1998	100,00	360	
1/01/1999	31/12/1999	100,00	360	
1/01/2000	31/12/2000	100,00	360	
1/01/2001	31/12/2001	100,00	360	
1/01/2002	31/12/2002	100,00	360	
1/01/2003	31/12/2003	100,00	360	
1/01/2004	31/12/2004	100,00	360	
1/01/2005	31/12/2005	100,00	360	
1/01/2006	31/12/2006	100,00	360	
1/01/2007	31/12/2007	100,00	360	
1/01/2008	31/12/2008	100,00	360	

1/01/2009	31/12/2009	100,00	360	
1/01/2010	31/12/2010	100,00	360	
1/01/2011	31/12/2011	100,00	360	
1/01/2012	31/12/2012	100,00	360	
1/01/2013	31/12/2013	100,00	360	
1/01/2014	31/12/2014	100,00	360	
1/01/2015	31/12/2015	100,00	360	
1/01/2016	31/12/2016	100,00	360	
1/01/2017	31/12/2017	100,00	360	1402,29 semanas al cumplimiento de los 62 años
TOTALES			10.149	
TOTAL SEMANAS			1.449,86	

Decantado lo anterior, evidencia la Sala de la documental allegada a los autos, que la norma habilitante para la determinación del derecho a pensión del demandante es el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003, que exige a partir del año 2017, 1300 semanas y una edad de 62 años para los hombres.

Así, el demandante cumple con los requisitos que establece el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003, pues acreditó al 27 de enero de 2017– cuando alcanzó los 62 años de edad – 1.402,29 semanas, razón por la que le asiste derecho a la pensión de vejez, bajo el amparo de la norma antes referida.

En cuanto al disfrute de la pensión, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, se exige el retiro del sistema como presupuesto para el disfrute de la pensión de vejez. Sobre la norma anterior, ha dicho la jurisprudencia que es una exigencia válida y necesaria para la efectividad del derecho, tal como lo estimó el *A quo*. En el presente asunto conforme se desprende de la documental allegada, el demandante se encuentra vinculado laboralmente con la Contraloría General de la Republica, sin que haya evidencia que hubiese presentado novedad de retiro al sistema o se haya retirado del servicio. Conclusiones a las que también llegó el *A quo*, sin que tal aspecto fuese objeto reproche por la parte demandante. No obstante, se modificará la decisión, en el sentido de indicar que el cálculo del ingreso base de liquidación de la mesada pensional del demandante, deberá ajustarse a las

reglas legales vigentes al momento en que se acredite la desafiliación con Colpensiones, toda vez para tal cálculo deben considerarse todas las cotizaciones posteriores al estatus pensional, que le sean útiles al señor WILLIAM BERNARDO PARRA TRUJILLO.

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

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

RESUELVE:

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

I. ORDENAR al Fondo de Pensiones **PORVENIR S.A.**, que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, DEVUELVA a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados historia laboral actualizada y sin

inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso.

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

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

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

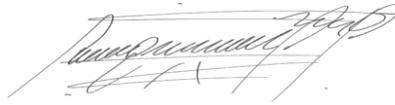
TERCERO: SE CONFIRMA en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

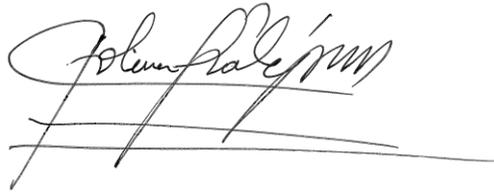
QUINTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página *web* de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de

casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

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



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Firmado Por:

**Monica Teresa Hidalgo Oviedo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3175970346860e029859da7dbb50cff8eed539ba07d1d98b0f4a9a60881d3e32**

Documento generado en 09/12/2021 08:03:40 PM

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