

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE EDGAR PATIÑO
VS. COLPENSIONES, vinculado PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 760013105 008 2011 01650 03

Hoy, veintidós (22) de junio de 2023, surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, 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**, resuelve las **APELACIONES** presentadas por los apoderados de EDGAR PATIÑO y PORVENIR S.A., así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **EDGAR PATIÑO** contra **COLPENSIONES**, trámite al cual fue vinculada la **AFP PORVENIR S.A. y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, con radicación No. 760013105 008 2011 01650 03, proceso acumulado con el de radicado No. 760013105 006 2019 00075 00, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 15 de junio de 2023, celebrada, como consta en el **Acta No. 39** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996.

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

SENTENCIA NÚMERO 189

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión del demandante en esta causa se orienta a obtener de manera principal, el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, como beneficiario del régimen de transición (arch.01 fls.31-40)

1- Condenar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, conceder la pensión de vejez a mi mandante Señor EDGAR PATIÑO en su condición de AFILIADO- COTIZANTE, desde el 21 de marzo de 2.008.

2- Condenar a la entidad demandada a cancelar a mi representado la Pensión de Vejez al valor del salario mínimo vigente mas alto o el que se demuestre probado liquidado con el IPC, consagrado en la Ley 100 de 1.993.

3- Condenar a la entidad demanda a cancelar a mi representado las mesadas adicionales de Junio y Diciembre desde el 21 de marzo de 2.008 fecha que cumplió los requisitos para pensionarse por vejez.

4- Condenar a la entidad demandada al pago de los reajustes legales que por ley le corresponde a los pensionados.

6- Condenar a la entidad demandada a cancelar las agencias en derecho, y costas que se causen con este proceso.

7. Condenar a la entidad demandada a cancelar a mi representado, así mismo los intereses corrientes y moratorios a partir del 21 de marzo de 2.08 a la tasa de interés máximo moratorio vigente en el momento que se haga el pago y/o la indexación.

Al contestar la demanda, COLPENSIONES adujo como ciertos los hechos alusivos a la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS (hoy COLPENSIONES), la reclamación de la prestación y la respuesta negativa por parte de la entidad. Dijo no constarle los hechos restantes.

Ordenada la vinculación de la AFP PORVENIR S.A. en cumplimiento a lo ordenado por auto 88 del 15 de febrero de 2019 de esta Sala de Decisión, en

escrito de contestación, manifestó no constarle ninguno de los hechos de la demanda, salvo la fecha de nacimiento del actor. (pág. 259 archivo 13)

Las demandadas **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** se opusieron a la prosperidad de las pretensiones; de una parte, Colpensiones alega que, el demandante no acreditó la densidad de semanas necesarias para causar la pensión de vejez. Porvenir S.A. afirmó que la afiliación del actor cumplió con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo, en cuanto a la prestación reclamada indica, no ser materialmente viable el reconocimiento, por cuanto no se encuentra reunido el capital necesario para ello, aunado a que no ha recibido solicitud del demandante en dicho sentido.

Con providencia 1216 del 13 de noviembre de 2020, se dispuso la vinculación de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (archivo 26). Al contestar la demanda, la entidad aceptó los hechos correspondientes a la fecha de nacimiento del actor, la vinculación al ISS hoy COLPENSIONES y la reclamación del derecho, conforme los documentos que reposan en el expediente. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por no ser la entidad encargada del reconocimiento de la prestación, en cuanto al traslado de régimen, indicó no ser procedente dada la vinculación del actor con PORVENIR S.A. el 04 de febrero de 1998, dónde permanece válidamente afiliado.

Señala que, el demandante tiene derecho a la emisión del Bono pensional tipo A modalidad 2, el cual se encuentra en estado de «liquidación provisional», dado que PORVENIR S.A. no ha solicitado su emisión y redención. (archivo 29)

Con auto 381 del 04 de marzo de 2021, se dispuso la acumulación del proceso con radicado 76001310500620190007500, que el señor EDGAR PATIÑO estaba adelantando ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. cuyas pretensiones son:

DECLARACIONES

1. Declarar la NULIDAD ABSOLUTA DEL TRASLADO del señor EDGAR PATIÑO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. celebrado en marzo de 1.997
2. Ordenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad del ahorro realizado por el demandante con sus respectivos rendimientos.
3. Condenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, a pagar las costas del proceso de NULIDAD DE TRASLADO.

COLPENSIONES y PORVENIR S.A se opusieron a las pretensiones del proceso, por no ser procedente dada la edad del demandante.

Los demás antecedentes del proceso —principal y acumulado—, son conocidos por las partes, motivo por el cual la Sala no estima pertinente ni necesario reiterar tales aspectos del proceso.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La decisión de primera instancia fue proferida por el JUZGADO DIECINUEVE LABORAL del Circuito de Cali, por cuya parte resolutive, dispuso: (arch.71)

(...)

RESUELVE.

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES EICE** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A** frente a las Pretensiones encaminadas a la Ineficacia del Traslado.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de oficio frente **Porvenir S.A** y formulada expresamente por el **Ministerio de Hacienda**. frente a la pretensión del reconocimiento del derecho pensional.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por **Colpensiones EICE** encaminadas a desconocer la pretensión del reconocimiento de pensión de vejez del actor, a excepción de la de prescripción que se declarará parcialmente probada frente a las mesadas pensionales generadas con antelación al 6 de septiembre de 2015.

CUARTO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de **Edgar Patiño** producido el **04 de febrero de 1998**, por lo que deberá quedar afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE**, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

QUINTO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** para que en el término impostergable de 30 días contados a partir de la notificación de esta providencia, transfiera a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** el saldo total de la cuenta de ahorro individual de **Edgar Patiño**, de condiciones civiles conocidas en el proceso, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, -bonos pensionales, solo si los hubiere y estuvieren constituidos-, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados a la fecha de su pago y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, todo con cargo al patrimonio propio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, este último rubro proporcionalmente por el tiempo que permaneció afiliado el demandante al RAIS con cada una de las AFP.

SEXTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE** que reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de **Edgar Patiño** de condiciones civiles conocidas en el plenario, incluyendo la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo establecido anteriormente.

SEPTIMO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE**, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a **Edgar Patiño**, en consecuencia, se fija como cuantía inicial de la pensión de vejez del actor la suma de un salario mínimo a partir del 1 de octubre, y como mesada para el año 2021 la suma de \$908.526., la prestación de vejez es la establecida en el Art. 12 del Decreto 758 de 1990, aplicable en virtud de su pertenencia al Régimen de Transición.

OCTAVO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE** a pagar una vez ejecutoriada esta providencia y en favor de **Edgar Patiño**, la suma de **\$69.725.858** por concepto de retroactivo pensional causado desde el 6 de septiembre de 2015 al 30 de noviembre de 2021, valor que deberá indexarse debidamente al momento que se realice el pago.

Año	Salario Mínimo	Mesadas	Subtotal
2015	\$ 644.350	4.83	\$ 3.114.358,33
2016	\$ 689.455	14	\$ 9.652.370,00
2017	\$ 737.717	14	\$10.328.038,00
2018	\$ 781.242	14	\$10.937.388,00
2019	\$ 828.116	14	\$11.593.624,00
2020	\$ 877.803	14	\$12.289.242,00
2021	\$ 908.526	13	\$11.810.838,00
Total			\$69.725.858,33

NOVENO: AUTORIZAR a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES EICE** a descontar del retroactivo pensional los aportes al sistema de seguridad social en salud.

DÉCIMO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a reconocer y pagar a **Edgar Patiño**, los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100/93 una vez ejecutoriada esta providencia, sobre las mesadas retroactivas y hasta que se verifique el pago, conforme lo manifestado en antecede.

DÉCIMO PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones formuladas en la demanda.

DÉCIMO SEGUNDO: CONDENAR en costas a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** por haber sido vencida en juicio, fijese como agencias en derecho una suma equivalente al 2,5% del valor total de la condena impuesta en dicha AFP, y absolver a Colpensiones de la condena en costas.

Lo anterior, tras considerar el *A quo* que, no se acreditó por parte de PORVENIR S.A. haber dado cumplimiento al deber información, asesoría y buen consejo, el cual ha tenido desarrollo legal, reglamentario y jurisprudencial y es determinante para que un afiliado tome una decisión informada.

Indició que, en ausencia del cumplimiento de esa obligación o su prueba, debe declararse la nulidad o ineficacia del traslado, como consecuencia de ello, debe ordenarse la reactivación de la afiliación ante el administrador del RPM, junto con el retorno de las cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos que se desprendieran del traslado, mientras estuvo vigente.

En cuanto a la pensión de vejez reclamada, la tuvo por causada desde el 01 de octubre de 2012, como beneficiario del régimen de transición del Art. 36 Ley 100 de 1993, que conservó dada la densidad de semanas acreditadas, en cuantía equivalente al salario mínimo legal, condenando al pago de mesadas retroactivas desde el 06 de septiembre de 2015 una vez declarada la prescripción parcial, interrumpida con la presentación de la reclamación de nulidad de traslado.

Los intereses moratorios los ordenó respecto de PORVENIR S.A., a partir de la ejecutoria de la sentencia y sobre las mesadas retroactivas a título de indemnización de perjuicios. Finalmente, absolvió a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

La apoderada de EDGAR PATIÑO recurre la providencia, inconforme con la fecha asignada para el disfrute de la pensión de vejez, la cual debe corresponder a la fecha desde que el demandante cumplió los 60 años de edad. Argumenta que, COLPENSIONES nunca le informó el verdadero motivo de la negativa al reconocimiento de la prestación, lo que correspondía a que existía una afiliación activa en el RAIS, por lo que debe asumir la totalidad del retroactivo causado.

El apoderado de PORVENIR S.A. manifestó su inconformidad respecto del numeral cuarto, alusivo a la nulidad de la afiliación, por cuanto al momento del traslado no era obligatorio emitir conceptos con cálculos actuariales, para que los afiliados tuvieran herramientas financieras que le permitieran elegir permanecer en uno u otro régimen.

También se opone a la condena de reintegro de los gastos de administración, pues está probada la buena gestión que la administradora hizo de las cotizaciones, tampoco los seguros previsionales, pues estos valores no lucran a la AFP, sino que se usan para contratar con las aseguradoras que cubren el riesgo de invalidez y muerte; además, con la orden de reintegrar los rendimientos, se entienden cubiertas estas sumas.

En cuando al pago de los intereses de mora a manera de perjuicios, los considera una extralimitación del *A quo*, pues los mismos no fueron solicitados en la

demanda, no se probó su causación, ni se prestó el juramento estimatorio. Alega que, para los perjuicios en materia de ineficacia de traslado, la jurisprudencia los admite en los eventos de ser reclamados por un pensionado, no un afiliado. Tampoco hay lugar a que sean asumidos por una entidad diferente a la obligada al pago de la prestación. En caso de ser procedentes, los mismos corresponde asumirlos a COLPENSIONES, por ser la entidad que negó la prestación en varias oportunidades, sin manifestarle al actor que la causa de la negativa correspondía a la falta de afiliación al RPM.

CONSULTA

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a la demandada COLPENSIONES se impuso a su favor el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 02 de septiembre de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la Ley 2213 de junio de 2022.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. alegó de conclusión, ratificándose en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, los alegatos y el recurso interpuesto.

CONSIDERACIONES:

Como cuestión de primer orden, la Sala resalta que, de conformidad con el principio de la consonancia, establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., *“la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

De cara a lo que es objeto de debate, materia de apelación y consulta, le corresponde a la Sala establecer por el análisis fáctico y jurídico de la actuación de primera instancia si ¿El traslado de régimen de la demandante resulta nulo o ineficaz?; ¿Cuáles son las consecuencias que de ello se derivan?; ¿Había lugar al reconocimiento y pago de la prestación por vejez? En caso de respuesta afirmativa a los anteriores interrogantes, corresponde a la Sala determinar la

causación de la prestación, la norma que la gobierna, la cuantía y la procedencia de intereses de mora. En este último aspecto, deberá analizar la Sala, cuál es la entidad obligada.

Para efectos metodológicos, la Sala abordará en primer lugar las pretensiones dirigidas a la ineficacia de la afiliación, promovidas en el proceso acumulado con radicado 76001310500620190007500, que el señor EDGAR PATIÑO estaba adelantando ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali; establecido lo anterior, atenderá las que buscan el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, tal como lo desarrolló el *A quo*.

De la ineficacia de del traslado

Dentro del plenario quedó acreditado que, EDGAR PATIÑO nació el 21 de marzo de 1948 (*arch.01 fl.5, cdo acumulado*), estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 07 de febrero de 1972 (*arch.51*) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por las AFP PORVENIR S.A., el 01 de abril de 1998, tal como se registra en la certificación de Asofondos (*arch.21 fl. 29*). Así mismo, de la documental allegada se extrae que el demandante prestó servicios como **trabajador del sector privado** previo a su traslado al RAIS.

De manera que, lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen a la AFP PORVENIR S.A., en la que dicha entidad no le suministró información adicional, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, así como tampoco le informó a qué edad se le redimiría el bono pensional, la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en el RAIS y en el RPM, ni la pérdida de otros beneficios como la transición.

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 ibidem

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 (...)”***. (Las subrayas fuera de texto)

De modo similar, el artículo 3° del decreto 692 de 1994, (compilado por el Decreto 1833 de 2016) que reglamentó en forma parcial la ley 100 de 1993, señala que a partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, *“podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.”* Esto es el Régimen solidario de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Y el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que *“**La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador,** y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”*.

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

Ahora, la toma de una determinación de tanta trascendencia, para que sea realmente ejecutada con libertad y seleccionando entre las posibilidades de

regímenes pensionales, debe surtir de manera informada e ilustrada al punto de generar la comprensión en su receptor.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias **SL 2929 y 1055 de 2022, SL-5280, 4803, 5292, 5686, 4334, 3871**, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, **3349**, 2946, 2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 1309, **1217**, 782 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 Ortiz), **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). Sin que ninguna de las referencias de sentencias citadas por el apelante, sean identificables y tampoco la *ratio decidendi* que esgrime ha planteado la Sala de Casación Laboral.

Las decisiones de los años 2019-2022 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el parágrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera

3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

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

Lo cual implica, en síntesis, para la Corte:

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

Se pasó de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría y la necesidad de evaluar judicialmente el cumplimiento de tan 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 PORVENIR S.A. al momento de realizar la vinculación con el 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 al demandante su

incorporación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, para permitirle valorar las consecuencias negativas de su traslado (desventajas y riesgos), pues lo cierto es que la AFP PORVENIR S.A., no realizó una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS.

En este sentido, no se prueba con la documental, la asesoría completa que aducen las demandadas, por tanto, 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 por 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 la 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).

Con lo anterior quedan desatendidos los argumentos de aplicación atemporal de la legislación sobre el deber de información, y acerca de la carga de la prueba que pretende atribuirse al afiliado sobre la diligencia y cuidado para inscribirse en una AFP u otra, desconociendo el carácter de usuario del servicio público de seguridad social que amerita tuición y respaldo, antes que hacerla partícipe de los atractivos que el mercado financiero dice ofrecer.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos quinto y sexto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho-** que el 04 de febrero de

1998, realizó EDGAR PATIÑO del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación del demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros¹, 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, revocando la indexación ordenada en primera instancia y que se viabiliza por el estudio en consulta a favor de COLPENSIONES. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³).

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “*en sentido estricto o de pleno derecho*”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales del demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, 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, las que deberá subsanar la AFP 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

¹ 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...*”

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 Corporación², 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

² 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.

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

De la prestación por vejez a cargo de COLPENSIONES

Ahora bien, ya resuelto el asunto referente a la ineficacia de traslado de régimen pensional, la Sala analizará lo atinente a la pretensión de reconocimiento de pensión de vejez. En ese sentido, se debe partir por establecer la normatividad que debe gobernar el reconocimiento de lo solicitado, pues el demandante reclama ser beneficiario del régimen de transición.

El artículo 36 de la ley 100 de 1993 es claro en señalar que son beneficiarios del Régimen de transición, las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tenían 35 o más años de edad en el caso de las mujeres, 40 años o más en el caso de los hombres, o mínimo de 15 años de servicio o su equivalente en cotizaciones. A este grupo de personas se les respetaría la edad, el tiempo de servicio o cotización y el monto de la pensión establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas, siempre que no hubieren escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad o se hubiesen trasladado, caso en el cual perderían los beneficios indicados.

En el presente caso, el señor EDGAR PATIÑO acreditó que nació el **21 de marzo de 1948** (*expediente ad cuaderno acumulado*); por tanto, para el 01 de abril de 1994, contaba con 46 años de edad, lo que en principio lo ubica como beneficiario de la transición. No obstante, debe tenerse en consideración la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 que puso límite temporal a dicho régimen, estableciendo

como fecha final de aplicación el 31 de julio de 2010 con una sola excepción, — párrafo transitorio 4º—, se extendería hasta el año 2014, para quienes, a la entrada en vigencia de dicho acto, que lo fue el 29 de julio de 2005, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios.

Obra en el plenario, la historia laboral del demandante, en la cual se incluyen los tiempos válidos para bono pensional, conforme registra la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (*arch.20*), así como las cotizaciones del RAIS administrado por PORVENIR S.A., todo ello desde el 07 de febrero de 1972 y hasta el 30 de junio de 2012, de lo que resulta un total de 1.496,43 semanas (incluidas las que registran mora del empleador), así:

PERIODOS (DD/MM/AA)		NOTAS DEL CÁLCULO
DESDE	HASTA	
07/02/1972	31/08/1972	Historia Colpensiones
01/09/1972	31/12/1972	
01/01/1973	31/12/1973	
01/01/1974	31/10/1974	
01/11/1974	31/12/1974	
01/01/1975	30/09/1975	
01/10/1975	31/12/1975	
01/01/1976	31/12/1976	
01/01/1977	31/12/1977	
01/01/1978	30/04/1978	
01/05/1978	21/12/1978	
15/04/1981	13/06/1981	
01/07/1987	26/11/1987	
27/11/1987	31/12/1987	
01/01/1988	04/01/1988	
05/01/1988	31/12/1988	
01/01/1989	17/04/1989	
02/06/1989	31/12/1989	
01/01/1990	31/01/1990	
01/02/1990	31/12/1990	
01/01/1991	31/03/1991	
01/04/1991	31/08/1991	
01/09/1991	31/12/1991	
01/01/1992	31/12/1992	
01/01/1993	31/12/1993	
01/01/1994	31/01/1994	
01/02/1994	30/04/1994	
01/05/1994	31/12/1994	
01/01/1995	31/01/1995	
01/02/1995	11/02/1995	
22/03/1995	31/03/1995	
01/04/1995	30/04/1995	

PERIODOS (DD/MM/AA)		NOTAS DEL CÁLCULO	
DESDE	HASTA		
01/05/1995	31/05/1995		
01/06/1995	30/06/1995		
01/07/1995	31/07/1995		
01/08/1995	31/08/1995		
01/09/1995	30/09/1995		
01/10/1995	31/10/1995		
01/11/1995	30/11/1995		
01/12/1995	31/12/1995		
01/01/1996	31/01/1996		
01/02/1996	29/02/1996		
01/03/1996	31/03/1996		
01/04/1996	30/04/1996		
01/05/1996	31/05/1996		
01/06/1996	30/06/1996		
01/07/1996	31/07/1996		
01/08/1996	31/08/1996		
01/09/1996	30/09/1996		
01/10/1996	31/10/1996		
01/11/1996	30/11/1996		
01/12/1996	31/12/1996		
01/01/1997	31/01/1997		
01/02/1997	28/02/1997		
01/03/1997	31/03/1997		Historia Porvenir S.A.
01/04/1997	30/04/1997		
01/05/1997	31/05/1997		
01/06/1997	30/06/1997		
01/07/1997	31/07/1997		
01/08/1997	31/08/1997		
01/09/1997	30/09/1997		
01/10/1997	31/10/1997		
01/11/1997	30/11/1997		
01/12/1997	31/12/1997		
01/01/1998	31/01/1998		
01/02/1998	28/02/1998		
01/03/1998	31/03/1998		
01/04/1998	30/04/1998		
01/05/1998	31/05/1998		
01/06/1998	30/06/1998		
01/07/1998	31/07/1998		
01/08/1998	31/08/1998		
01/09/1998	30/09/1998		
01/10/1998	31/10/1998		
01/11/1998	30/11/1998		
01/12/1998	31/12/1998		
01/01/1999	31/01/1999		
01/02/1999	28/02/1999		
01/03/1999	31/03/1999		
01/04/1999	30/04/1999		

PERIODOS (DD/MM/AA)		NOTAS DEL CÁLCULO
DESDE	HASTA	
01/05/1999	31/05/1999	
01/06/1999	30/06/1999	
01/07/1999	31/07/1999	
01/08/1999	31/08/1999	
01/09/1999	30/09/1999	
01/10/1999	31/10/1999	
01/11/1999	30/11/1999	
01/12/1999	31/12/1999	
01/01/2000	31/01/2000	
01/02/2000	29/02/2000	
01/03/2000	31/03/2000	
01/04/2000	30/04/2000	
01/05/2000	31/05/2000	
01/06/2000	30/06/2000	
01/07/2000	31/07/2000	
01/08/2000	31/08/2000	
01/09/2000	30/09/2000	
01/10/2000	31/10/2000	
01/11/2000	30/11/2000	
01/12/2000	31/12/2000	
01/01/2001	31/01/2001	
01/02/2001	28/02/2001	
01/03/2001	31/03/2001	
01/04/2001	30/04/2001	
01/05/2001	31/05/2001	
01/06/2001	30/06/2001	
01/07/2001	31/07/2001	
01/08/2001	31/08/2001	
01/09/2001	30/09/2001	
01/10/2001	31/10/2001	
01/11/2001	30/11/2001	
01/12/2001	31/12/2001	
01/01/2002	31/01/2002	
01/02/2002	28/02/2002	
01/03/2002	31/03/2002	
01/04/2002	30/04/2002	
01/05/2002	31/05/2002	
01/06/2002	30/06/2002	
01/07/2002	31/07/2002	
01/08/2002	31/08/2002	
01/09/2002	30/09/2002	
01/10/2002	31/10/2002	
01/11/2002	30/11/2002	
01/12/2002	31/12/2002	
01/01/2003	31/01/2003	
01/02/2003	28/02/2003	
01/03/2003	19/03/2003	
07/05/2004	31/05/2004	

PERIODOS (DD/MM/AA)		NOTAS DEL CÁLCULO
DESDE	HASTA	
01/06/2004	18/06/2004	A.L 01 de 2005, 1.232 semanas
19/06/2004	26/06/2004	
01/07/2004	31/07/2004	
01/08/2004	31/08/2004	
01/09/2004	30/09/2004	
01/10/2004	31/10/2004	
01/11/2004	30/11/2004	
01/12/2004	31/12/2004	
01/01/2005	31/01/2005	
01/02/2005	28/02/2005	
01/03/2005	31/03/2005	
01/04/2005	30/04/2005	
01/05/2005	31/05/2005	
01/06/2005	30/06/2005	
01/07/2005	31/07/2005	
01/08/2005	31/08/2005	
01/09/2005	30/09/2005	
01/10/2005	31/10/2005	
01/11/2005	30/11/2005	
01/12/2005	31/12/2005	
01/01/2006	31/01/2006	
01/02/2006	28/02/2006	
01/03/2006	31/03/2006	
01/04/2006	30/04/2006	
01/05/2006	31/05/2006	
01/06/2006	30/06/2006	
01/07/2006	31/07/2006	
01/08/2006	31/08/2006	
01/09/2006	30/09/2006	
01/10/2006	31/10/2006	
01/11/2006	30/11/2006	
01/12/2006	31/12/2006	
01/01/2007	31/01/2007	
01/02/2007	28/02/2007	
01/03/2007	31/03/2007	
01/04/2007	30/04/2007	
01/05/2007	31/05/2007	
01/06/2007	30/06/2007	
01/07/2007	31/07/2007	
01/08/2007	31/08/2007	
01/09/2007	13/09/2007	
24/06/2009	30/06/2009	
01/07/2009	31/07/2009	
01/08/2009	31/08/2009	
01/09/2009	30/09/2009	
01/10/2009	31/10/2009	
01/11/2009	30/11/2009	
01/12/2009	31/12/2009	

21/03/2008 60 años, 1.341 semanas (945- 20 años)

PERIODOS (DD/MM/AA)		NOTAS DEL CÁLCULO
DESDE	HASTA	
01/01/2010	31/01/2010	
01/02/2010	28/02/2010	
01/03/2010	31/03/2010	
01/04/2010	30/04/2010	
01/05/2010	31/05/2010	
01/06/2010	30/06/2010	
01/07/2010	31/07/2010	
01/08/2010	31/08/2010	
01/09/2010	30/09/2010	
01/10/2010	31/10/2010	
01/11/2010	30/11/2010	
01/12/2010	31/12/2010	
01/01/2011	31/01/2011	
01/02/2011	28/02/2011	
01/03/2011	31/03/2011	
01/04/2011	30/04/2011	
01/05/2011	31/05/2011	
01/06/2011	30/06/2011	
01/07/2011	31/07/2011	
01/08/2011	31/08/2011	
01/09/2011	30/09/2011	
01/10/2011	31/10/2011	
01/11/2011	30/11/2011	
01/12/2011	31/12/2011	
01/01/2012	31/01/2012	
01/02/2012	29/02/2012	
01/03/2012	31/03/2012	
01/04/2012	30/04/2012	
01/05/2012	31/05/2012	
01/06/2012	30/06/2012	

TOTAL SEMANAS
COTIZADAS

1496.42

Conforme lo expuesto, el demandante conservó el beneficio de la transición más allá del 31 de julio de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2014, en ese sentido, la prestación se causa en los términos del Art. 12 D. 758 de 1990, vía transición del Art. 36 Ley 100 de 1993. La prestación se causa al cumplimiento de la edad, esto es, al **21 de marzo de 2008**, fecha para la cual cumplía con el requisito de 1000 semanas en cualquier tiempo e incluso, las 500 semanas aportadas dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad, tal como lo consideró el *A quo*.

Frente al monto de la mesada pensional, luego de remitirse a postulados de la Ley 100 de 1993 Art. 21, la Sala realizó el cálculo del I.B.L más favorable con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años (3600 días) y toda la vida,

conforme los cuadros anexos a este proveído, los que arrojaron sumas inferiores al salario mínimo del año 2012, por tanto, la mesada corresponderá a este valor de referencia, confirmándose este aspecto de la sentencia.

En cuanto al disfrute de la pensión, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, se exige el retiro del sistema como presupuesto para el disfrute de la pensión de vejez. Sobre la norma anterior, ha dicho la jurisprudencia que es una exigencia válida y necesaria para la efectividad del derecho. En el presente asunto y conforme se desprende de la documental allegada, EDGAR PATIÑO registra su última cotización en **junio de 2012**; así lo certifica PORVENIR S.A. en respuesta al requerimiento de la Sala (Pág. 219 archivo 13), fecha que tiene correspondencia con las diferentes historias laborales que la AFP arrimó al plenario.

De esta manera, el disfrute la prestación no puede ser otro que el **01 de julio de 2012**, a diferencia del *A quo* que lo fija al 01 de octubre del mismo año.

(...)

Asunto: Ordinario Laboral
Demandante: Edgar Patiño
Demandado: Colpensiones
Oficio No: 1689-008-2011-01650-02

Reciba un saludo cordial.

En atención a su solicitud relacionada con la información del señor EDGAR PATIÑO identificado con cédula de ciudadanía No. 6.261.133, le informamos que se encuentra afiliado al fondo de pensiones de Porvenir S.A a partir del 01/07/1994, siendo la empresa TRANSPORTADORA AZUL PLATEADA S.A. con NIT 890301567 quien realizó el último aporte a su cuenta para el periodo 06/12.

Adjunto enviamos historia laboral en donde podrá evidenciar periodos cotizados, semanas cotizadas e ingreso base de cotización por cada periodo.

(..)

Lo anterior es relevante porque, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 establece que, la pensión de vejez se reconoce a solicitud de parte interesada, reunidos los requisitos mínimos legales, pero para el disfrute **“será necesaria su desafiliación al régimen”**, teniendo en cuenta **“hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo”**; y el artículo 35 *ibidem* prevé que las pensiones por invalidez y vejez del Seguro Social **“se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen (...).”**

De la normatividad anterior, ha dicho la jurisprudencia que es una exigencia válida y necesaria para la efectividad del derecho. Sin embargo, también ha precisado que la prueba de ello no es de ningún modo solemne y en tal virtud, puede acreditarse no sólo con la novedad correspondiente sino también con la valoración de circunstancias concurrentes que indiquen inequívocamente la desafiliación o retiro del sistema por parte del afiliado, como lo es la conclusión del vínculo

laboral, la cesación de cotizaciones y la reclamación de pensión correspondiente. Pero, se itera, en todo caso y para la efectividad del derecho, se requiere el previo retiro del sistema. Así lo ha reiterado diferentes veces la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por vía de ejemplo en sentencias SL325 radicado 65093 de 20 de febrero de 2018 y SL 5603 de 2016.

De otra parte, la Sala habrá de confirmar la decisión frente a la fecha a partir de la cual se concede el retroactivo pensional una vez declarada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES. En ese aspecto, y para dar respuesta a los argumentos esgrimidos en el recurso de la parte demandante, la Sala encuentra ajustadas las consideraciones del juez de primera instancia, en tanto defirió el disfrute efectivo de la prestación hasta el **06 de septiembre de 2015**.

Es que, a pesar de las múltiples solicitudes para el estudio de la pensión (incluso estando en curso el presente proceso), ninguna de ellas tuvo en consideración el traslado previo de régimen y, como la nulidad de la afiliación solo se reclamó hasta el **06 de septiembre de 2018**, cada una de las peticiones que le precedieron resultaba improcedente, toda vez que, COLPENSIONES no estaba legitimada para resolverlas, pues el señor EDGAR PATIÑO no era su afiliado.

Ahora, aunque salta a la vista el grave desorden administrativo de la administradora de prima media, pues durante diez años no tuvo a bien verificar el estado de la afiliación del hoy demandante, tampoco es dable atribuir exclusivamente a dicha entidad la responsabilidad de lo que también corresponde a una omisión de la parte, quien desde la presentación de la demanda, estuvo en mejor posición para informar y aportar el formulario de traslado al RAIS, empero, guardó silencio de esta circunstancia.

De otra parte, la demanda inicial se dirige exclusivamente contra COLPENSIONES con el propósito de obtener el reconocimiento de la prestación de vejez, despachada con sentencia absolutoria de primer grado del 22 de mayo de 2013, momento para el cual, la parte demandante tampoco aportó información sobre el destino de las contribuciones realizadas con el empleador TRANSPORTADORA AZUL PLATEADA S.A., a pesar de alegar la existencia de semanas no contabilizadas. Solo hasta cuando la Sala en ejercicio de los poderes de instrucción requirió a PORVENIR S.A., se pudo aclarar lo pertinente.

Otro aspecto relevante, radica en que la parte demandante eligió promover la pretensión de nulidad de la afiliación por fuera del escenario del presente proceso, sin verificar los factores subjetivos y de conexidad, que le permitían acudir a herramientas como la reforma de la demanda para invocar la nueva pretensión, durante la integración de PORVENIR S.A. al *sub lite*.

Lo expuesto, impide acudir a doctrinas como la de inducción a error por la entidad de seguridad social, por cuanto en este caso, la negativa de COLPENSIONES no resultaba injustificada, sino que respondía al verdadero estado de cosas, esto es, la falta de semanas a la fecha de la solicitud de pensión. En tal orden de ideas, la Sala confirmará la sentencia de primer grado, que para efectos de interrupción de la prescripción partió desde la presentación de la reclamación de nulidad ante COLPENSIONES — 06 de septiembre de 2018—, encontrando afectadas de prescripción, las mesadas causadas antes del **06 de septiembre de 2015**.

Aclarado lo anterior, y efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, encuentra la Sala que las mesadas pensionales causadas desde el 06 de septiembre de 2015 y actualizado al 31 de mayo de 2023, ascienden a **\$90.434.427**.

En lo que respecta a los intereses moratorios, en el *sub lite* resulta acertada la absolución a COLPENSIONES por este concepto, entidad a la que no se le puede atribuir la mora en el reconocimiento pensional, por cuanto la declaratoria de ineficacia de régimen pensional fue lo que posibilitó el estudio del reconocimiento pensional, por ello, en el presente asunto no le era posible resolver sobre el derecho pensional de quien no era su afiliado, y tampoco podía resolver sobre su regreso al RPM. (CSJ en las sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL 4849-2020)

No obstante, la sentencia impuso condena en contra de PORVENIR S.A., a título de indemnización de perjuicios, la cual es objeto de apelación. Sobre este aspecto, encuentra la Sala que, en efecto, tales perjuicios no fueron solicitados en la demanda, luego no resulta viable su concesión, sin embargo, si resulta equivocado el argumento de PORVENIR S.A. de que los mismos solo sean procedentes cuando se debata la ineficacia de la afiliación de quien tenga consolidado su derecho pensional.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, puntualizó:

«4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado»

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.»

De otra parte, también es cierto que PORVENIR S.A. no estaba en posición de resolver un derecho pensional que no le fue reclamado, ni tampoco puede ser responsable de la eventual tardanza en la ejecución de las condenas impuestas a COLPENSIONES.

De igual manera, estima la Sala que prospera el alegato de PORVENIR S.A. y, en ese sentido, debe revocarse la condena por perjuicios en cabeza de este fondo, teniendo en cuenta que no fueron acreditados en el plenario, como tampoco solicitados; ahora, de haber sido reclamados y demostrados en el proceso, tampoco corresponderían a las sumas que se causan por intereses moratorios del Art. 141 Ley 100 de 1993, los cuales fueron establecidos a cargo del pagador de la pensión, lo que tampoco procedió en este caso.

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 CUARTO, QUINTO y SEXTO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de:

- I. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de **EDGAR PATIÑO**, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.

- II. **CONDENAR** 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 hubieren 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.
- III. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, dentro del término antes señalado, 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.
- IV. **CONDENAR** a **COLPENSIONES**, a tener a EDGAR PATIÑO, como su afiliado, sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales; los derechos pensionales serán exigibles una vez surtido el traslado de los dineros provenientes de la AFP, como se ordenó en los resolutive precedentes.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SÉPTIMO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a Edgar Patiño, en el sentido que, la fecha de causación de la prestación es el **01 de julio de 2012**. En los demás se confirma el numeral.

TERCERO: Por actualización de la condena, **MODIFICAR** el **resolutive OCTAVO** de la sentencia apelada, en el sentido de **ESTABLECER** que, lo adeudado por COLPENSIONES al demandante EDGAR PATIÑO, por concepto de retroactivo

pensional causado entre el **06 de septiembre de 2015 actualizados al 31 de mayo de 2023**, asciende a la suma de **\$90.434.427**.

CUARTO: En apelación, **REVOCAR** el numeral **DÉCIMO** que dispuso condena en contra de PORVENIR S.A. por los intereses moratorios del Art. 141 Ley de 1993, en su lugar, **ABSOLVER** a las entidades demandadas por esta pretensión.

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

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. apelante infructuosa, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'500.000 a cargo de esta entidad. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

SÉPTIMO: NOTIFÍQUESE por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias AL647-2022 y AL4680-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y podrá consultarse en la página *web* de la Rama Judicial en el *link*: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/146>

OCTAVO: Una vez surtida la publicación por Edicto, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, con destino a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

Agotados los puntos objeto de análisis, se suscribe por quienes integran la Sala de Decisión.

-Firma electrónica-
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Ponente



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado

ANEXO

PERIODO		MESADA MÍNIMA	No. MES	RETROACTIVO
DESDE	HASTA			
<u>6/09/2015</u>	31/12/2015	\$644.350,00	4,83	\$ 3.114.401,29
1/01/2016	31/12/2016	\$689.455,00	14,00	\$ 9.652.370,00
1/01/2017	31/12/2017	\$737.717,00	14,00	\$ 10.328.038,00
1/01/2018	31/12/2018	\$781.242,00	14,00	\$ 10.937.388,00
1/01/2019	31/12/2019	\$828.116,00	14,00	\$ 11.593.624,00
1/01/2020	31/12/2020	\$877.803,00	14,00	\$ 12.289.242,00
1/01/2021	31/11/2021	\$908.526,00	13,00	\$ 11.810.838,00
RETROACTIVO DEL 06/09/2015 al 30/11/2021				\$ 69.725.901,29
1/12/2021	31/12/2021	\$908.526,00	1,00	\$ 908.526,00
1/01/2022	31/12/2022	\$1.000.000,00	14,00	\$ 14.000.000,00
1/01/2023	31/12/2023	\$1.160.000,00	5,00	\$ 5.800.000,00
RETROACTIVO DEL 26/07/2011 AL 31/07/2015				\$ 20.708.526,00
TOTAL ADEUDADO POR RETROACTIVO				\$ 90.434.427,29

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: 3a0dab7a4b56e7d91f429ad70d23cc5da4a6db4a40eb84a5389a3f796baf392c

Documento generado en 23/06/2023 04:30:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>