



**Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali**  
**Sala Laboral**

Magistrado Ponente:  
**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	760013105016201700573-01
<b>Juzgado de origen:</b>	Trece Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	Marcial Galvis Paz
<b>Demandados:</b>	- Colpensiones - Porvenir S.A.
<b>Asunto:</b>	<b>Adiciona y Modifica la sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional/ Reconocimiento pensional
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>167</b>

**I. ASUNTO**

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia que profirió el 1 de agosto de 2018, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, Valle del Cauca. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

**II. ANTECEDENTES**

**1. La demanda.**

Procura la demandante que se declare la *“nulidad del traslado”* del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, concretamente al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., el cual se efectuó el 8 de julio de 2002. Que, en consecuencia, se condene a la sociedad a entregar a COLPENSIONES los aportes que efectuó, así como los dineros que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, tales como bonos pensionales, rendimientos financieros y el porcentaje *“correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima”*. Asimismo, reclama que se condene a COLPENSIONES a que le reconozca la pensión de vejez a partir del 16 de diciembre de 2013 bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición; además pide que se le ordene a la entidad de seguridad social que cancele intereses moratorios.

## **2. Contestaciones de la demanda.**

### **2.1. Colpensiones y Porvenir S.A.**

Las entidades demandadas, **-Colpensiones-** (Fl. 40 a 46) se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra y en su defensa propuso las excepciones de: *“Inexistencia de la obligación”*; *“Excepción de buena fe”*; *“Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”*; *“Excepción Innominada”*; *“Prescripción”*; *“Compensación”* y *“Genérica”*.

Y **Porvenir S.A.** (fl.60 a 75) también se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de: *“Prescripción”*; *“Falta de causa para pedir e Inexistencia de las obligaciones demandadas”*; *“Buena fe”*; *“Prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo”*; *“Ausencia de responsabilidad atribuible a la demanda”* y la *“Innominada o genérica”*.

## **3. Decisión de primera instancia.**

3.1. El *a quo* dictó sentencia del 1 de agosto de 2018, tuvo por no probadas las excepciones propuestas por las demandas; declaró la nulidad de la afiliación del actor a PORVENIR S.A. y le ordenó que trasladara a COLPENSIONES todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual; condenó a la administradora del R.P.M.P.D. a aceptar su afiliación y a reconocerle y pagarle la pensión de vejez desde el 1 de abril de 2018, en cuantía de \$4'481.155,13; calculó el retroactivo pensional y la autorizó a que

descontara *“lo correspondiente a salud”*. Para así decidir, indicó que el Fondo demandado no demostró que brindó una adecuada asesoría al demandante en el momento en que se trasladó de régimen, carga probatoria con la que tenía que cumplir según lo ha indicado la jurisprudencia. Con relación al derecho pensional, aseveró que a pesar de que el señor Marcial Galvis Paz es beneficiario del régimen de transición y cumple con el requisito de densidad de semanas establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, porque a su entrada en vigencia tenía cotizadas 895, no podía reconocérsele amparado en una disposición distinta a la Ley 797 de 2003.

#### **4. La apelación.**

Contra esa decisión, el apoderado judicial de la demandante, formuló recurso de apelación, y la sustentó insistiendo en que cumple con los requisitos contemplados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como con los exigidos por el Acto Legislativo 01 de 2005; que en razón a ello, se debe estudiar su derecho a la luz de lo consagrado en el Acuerdo 049, aprobado por el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta que cumplió la edad requerida en el año 2013 y para esa calenda ya había cotizado el número de semanas necesario.

#### **5. Trámite de segunda instancia**

##### **5.1. Alegatos de conclusión**

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, se pronunciaron de la siguiente manera:

##### **5.1.1. Parte demandante, Colpensiones y Porvenir S.A.:**

Colpensiones en escrito obrante a folios 01 a 09 Archivo 05-PDF y la parte demandante a folios 03 a 05 Archivo 07-PDF, respectivamente, (cuaderno del Tribunal), presentaron alegatos de conclusión. Porvenir S.A. guardó silencio.

### **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

---

<sup>1</sup> *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.*

## 1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones y los rendimientos, incluya los gastos de administración, primas, los seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados?

1.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

1.4. ¿Reúne los requisitos para que se le conceda dicha prestación?

1.5. De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿procede el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del momento en que se adquirió su status pensional, o desde el momento en el que medie la desafiliación al sistema?

## 2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la a quo de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Porvenir S.A. demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

## 2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su

empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el: *“deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”*, premisa que implica dar a conocer: *“las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes”*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su

creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: “*el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente*” y que el acto de traslado: “*debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado*”.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – *cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

### **2.3. Caso en concreto.**

2.3.1. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la historia laboral de Colpensiones<sup>2</sup> Porvenir S.A.<sup>3</sup>, del formulario de afiliación<sup>4</sup>, de la certificación de Asofondos<sup>5</sup> y del certificado de la información laboral para bono pensional<sup>6</sup>, que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, desde el 24 de noviembre de 1982, efectuando cotizaciones hasta el 31 de marzo de 2000.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, el 31 de Julio de 2002 la accionante se

---

<sup>2</sup> Flios 28 a 29 . PDF

<sup>3</sup> Flios. 15 a 22 -Archivo 1-PDF.

<sup>4</sup> Flio 76– Archivo 01 – PDF

<sup>5</sup> Flio 79– Archivo 09 – PDF

<sup>6</sup> Flios 11-14 – Archivo 01 – PDF

trasladó a Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de **septiembre de 2002**, administradora en la que ha continuado cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la actora no recibió la suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podría llegar a adquirir el derecho a la pensión; además, no le fue explicado el derecho al retracto.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio señalando que la accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria. Dice que fue ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la afiliación. Que no existía razón jurídica ni fáctica que le impidiera cambiar de régimen (fl.60 a 75 – Archivo 01 PDF).

2.3.3 Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya brindado, a la demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiario de este (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción, no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y la administradora a la que ha estado afiliada la accionante.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que a la demandante le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dicha circunstancia, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible a los fondos privados. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

***“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las***

*particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como **la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen**.. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones.*

Por último, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar el fondo privado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Porvenir S.A. suministró a la demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

### **3. Respuesta al segundo problema jurídico.**

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones y rendimientos financieros. Asimismo, los gastos de administración, primas, los seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados. Por tanto, deberá adicionarse la sentencia en este sentido.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso



contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado. La viabilidad de trasladar dichos conceptos se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

3.2.2. En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que el afiliado estuvo vinculado a cada uno de los fondos privados del RAIS, en providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: *“...la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, **las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**”*. Por tal motivo, se adicionará el fallo de primer grado, en tal sentido.

3.2.3. Ahora, como se vio anteriormente, el 3% destinado para gastos de administración y seguros previsionales, así como el porcentaje para **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** debe reintegrarse, dada la ineficacia del acto y a que se constituyen en recursos necesarios para la financiación del derecho pensional que tuvieron que ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación definida. Siendo esto así, la providencia deberá adicionarse en este sentido.

#### 4. Respuesta al tercer problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la prescripción no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado.

#### 5. Respuesta al cuarto y quinto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **positiva**. Y la respuesta al quinto interrogante es **negativa**. Luego de declararse la ineficacia del traslado, es viable que el juez de instancia, al constatar el cumplimiento de los requisitos mínimos proceda a otorgar la pensión de vejez, pero por cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición. Por tanto, se deberá modificar el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación, además en lo que atañe al monto y disfrute de dicha prestación económica, pues Colpensiones debe reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez, **una vez acredite el retiro al sistema general de pensiones**, y que sea liquidada en los términos del artículo 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

##### 5.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

En virtud a que se llegó a la conclusión de que el actor está afiliado a COLPENSIONES, se procede ahora a establecer cuál es la norma que debe servir de base para reconocer el derecho a la pensión de vejez que pretende a través de este contencioso, en la medida que tal y como acertadamente lo concluyó la *a quo*, cumple con el lleno de los requisitos que consagra el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, toda vez que el Registro Civil de Nacimiento que aportó con la demanda y que milita en el folio 28, deja ver que nació el 16 de diciembre de 1953, por lo que arribó a la edad de 60 años, en esa calenda del año 2013; aunado a que según el reporte de semanas de cotización visible de folios 123 a 125, hasta febrero de 2017, tiene acumulado un total de 1623 semanas, las cuales, superan con creces las 1300 semanas que se le exigían para el año 2014.

No obstante, el señor Marcial Galvis Paz reclama que se le conceda la pensión con base en lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de la misma anualidad, en vista de que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que lo conservó porque acredita la cantidad de semanas que exige el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que se debe analizar estos aspectos.

Entonces, para ser beneficiario de la transición se necesita que el afiliado contase con 40 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que lo fue el 1 de abril de 1994; como se dijo anteriormente, dado que con la prueba documental de folio 28 se tiene por demostrado que nació el 16 de diciembre de 1953, para la calenda en comento tenía los 40 años que exige la norma, por lo que se autoriza que su derecho pensional se estudie con la disposición que pretende, que en su artículo 12 establece:

*“Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:*

- a) **Sesenta (60) o más años de edad si se es varón** o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) **Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo**”* (Negrilla de la Corporación).

Como se dijo anteriormente el actor cumplió los 60 años de edad el 16 de diciembre de 2013, por lo que es obligatorio que acredite que al 30 de julio de 2005 había cotizado 750 semanas, ya que así lo exige el Acto Legislativo 01 de ese año para conservar el beneficio transicional con posterioridad al 2010. Revisado el documento titulado *“Historia Laboral Consolidada”* (fls.123-125), se encuentra que en COLPENSIONES había aportado 823 semanas hasta el momento en que efectuó el traslado de régimen -8 de julio de 2002-, por lo que es evidente que se le extiende el beneficio.

Así las cosas, el paso a seguir es corroborar si en los 20 años anteriores (es decir entre el 16 de diciembre de 2013 y esa calenda de 1993) aportó por lo menos 500 semanas; examinada su historia laboral la Sala encuentra que en dicho lapso aportó 761.28 semanas, lo que nos lleva a concluir que le asiste razón al recurrente al reclamar que se le debía reconocer el derecho a la pensión de vejez conforme lo que ordena el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, pues para la fecha en que cumplió 60 años de edad, ya había completado el número de semanas que se le exigía.

Sin embargo, a diferencia de lo indicado por la *a quo*, en los términos del artículo 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, al cual se acude por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, no es viable o exigible su disfrute, por cuanto en el *sub lite*, se encuentra demostrado que el demandante solicitó a PORVENIR S.A. que simulara cuál sería el valor de la mesada pensional a la que tendría derecho y que el Fondo le dio esa información mediante oficio del 29 de julio de 2015 (fl.7); si bien, ello podría interpretarse como una manifestación de su voluntad de pensionarse, así como también el que hubiese presentado la demanda ordinaria laboral génesis de esta decisión pues específicamente reclamó que se le concediera el derecho, lo cierto es que los diferentes reportes de sus cotizaciones -que militan en el expediente a folios 113 a 124- dejan ver aún después de iniciado éste trámite judicial continuó realizando aportes al Sistema General de Pensiones. Esta situación refleja que, aunque el señor Marcial Galvis Paz exteriorizó su intención de acceder al derecho prestacional, no ha suspendido sus cotizaciones porque ha continuado prestando sus servicios al empleador “CONSTRUCTORA IC PREFABRICADOS S.A.”, el cual aporta sobre un Ingreso Base de \$6'420.000, lo que implica que su propósito es claramente mejorar sus ingresos a fin de obtener una mesada pensional más alta.

En sentencia SL2261-2021, emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en donde en un caso análogo, indicó:

*“En lo atinente a la modificación de los numerales 4 y 7 de la sentencia apelada, exclusivamente en cuanto al pago del **retroactivo pensional** y de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, **debe precisarse que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, exigen la desafiliación formal del sistema para acceder a la pensión de vejez.***

*Además, cabe recordar que, ante situaciones particulares y excepcionales, se puede optar por soluciones diferentes y reconocer la pensión en fechas anteriores a las del retiro del sistema (CSJ SL5603-2016), sin embargo, las circunstancias fácticas que enarboló la accionante, no permiten acceder a sus pedimentos, pues, **Colpensiones no tenía la facultad de declarar la nulidad del traslado, que a la sazón, resultó el detonante para conceder el derecho pretendido en las condiciones del régimen de transición.***

*Por lo demás, las cotizaciones adicionales al 10 de agosto de 2012 eran, sin duda, importantes, si se tiene en cuenta que la accionante podía seguir cotizando para alcanzar una mayor tasa de reemplazo o incrementar el salario base de liquidación, por consiguiente, no procede el reconocimiento de los intereses reclamados...” (Resalta la Sala)*

Así las cosas, se modificará la orden impartida a Colpensiones, para reconocer y pagar al demandante la prestación pensional una vez acredite el retiro al sistema general de pensiones, y que sea liquidada en los términos del artículo 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

Sobre la falta de traslado del dinero para financiar la prestación, es importante recordar que una vez declarada la ineficacia del acto de traslado de régimen deben retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de su ocurrencia, lo que conlleva la reactivación de la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrada por el ISS hoy Colpensiones. Lo anterior, implica que la Administradora de Fondo de Pensiones del RAIS proceda de forma inmediata a la devolución de todos los dineros que figuren en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros que hubieren producido, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y el bono pensional, con efectos retroactivos. Recursos que deberán ser abonados en el fondo común que administra Colpensiones y utilizados para la financiación de la pensión de vejez a la demandante que le reconocerá la citada entidad administradora (CSJ SL2877-2020).

#### **6. Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y en favor del actor. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto la **Sala 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: ADICIONAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a **Porvenir S.A.** a devolver a Colpensiones además de los conceptos ordenados en primera instancia, los gastos de administración, primas, los seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados.

**SEGUNDO: MODIFICAR** los numerales **CUARTO Y QUINTO**, de la parte resolutive de la sentencia proferida dentro del presente asunto, objeto de apelación y consulta, en el siguiente sentido:

**CONDENAR A COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor del demandante Marcial Galvis, la pensión de vejez de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por su condición de beneficiario del régimen de transición, la cual se hará efectiva a partir de la desafiliación al sistema general de pensiones en los términos del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, conforme a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás, la providencia objeto de apelación y consulta.

**CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia, a cargo de Colpensiones y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Estas, se liquidarán de forma integral por el juzgado de primer grado, en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
actos judiciales



**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**SALVO VOTO PARCIAL**

Firma Digitalizada Para Actos  
Judiciales



**MARÍA NANCY CARRIÓN GARCÍA**  
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública  
(Art. 11 Dto 491 de 2020)



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

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

Magistrado Ponente:

**Fabio Hernán Bastidas Villota**

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL**

Importa puntualizar lo indiscutido que es la configuración del derecho pensional, con independencia del régimen al que estuviese válidamente vinculado, si se dan los supuestos facticos y jurídicos del caso, por lo tanto, el reconocimiento de ese derecho tiene lugar desde la data de conjunción de sus requisitos, sin que el hecho de la ineficacia o no del traslado impida el goce de la misma desde su causación.

Es que se considera no existir razonamientos vigorosos a favor de la interpretación de la Sala mayoritaria, cuando incluso en el campo del derecho civil, la hermenéutica va de la mano de la evolución jurídica sosegada y firme, a todas luces provechosa, situación a desarrollar en el presente evento cuando lo real es no poderse desvincular del trabajo si no se cuenta con flujo económico permisible o correspondiente con su estado vivencial.

De igual forma, considero no resultar procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, ello es así por cuanto el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resultan excluyentes entre sí.

Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

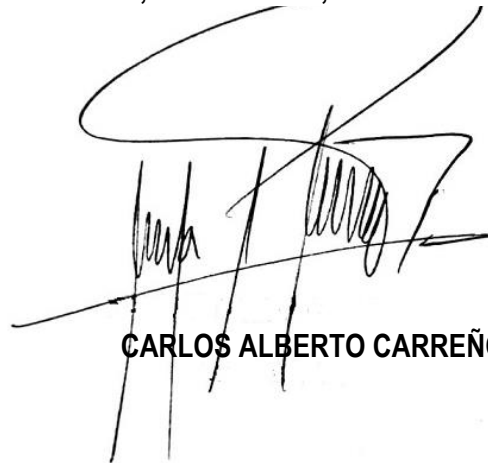
4. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico<sup>1</sup>. *“De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando”<sup>2</sup>.*

Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el *a-quo*, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin<sup>3</sup>. En efecto, ese grado jurisdiccional *“es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P”*<sup>4</sup>.

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia<sup>5</sup>. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>6</sup>, norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que *“propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial”*<sup>7</sup>.

Así también se ha manifestado en aclaraciones de voto en providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia **SL 3202-2021, SL 3047-2021, SL 3199 –2021 y SL 3049-2021**.

El magistrado,

A handwritten signature in black ink, consisting of several vertical strokes and a large, sweeping horizontal stroke at the top, crossing over the vertical ones.

**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**