

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

**M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	76001-31-05-016-2016-00193-01
<b>DEMANDANTE:</b>	NURY HEMELY MORALES GAMBA
<b>DEMANDADO:</b>	PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
<b>ASUNTO:</b>	Consulta y Apelación Sentencia No.015 del 08 de febrero de 2018
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali
<b>TEMA:</b>	Nulidad de Traslado de Régimen – Reliquidación pensión de vejez

**APROBADO POR ACTA No. 17**

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 85**

Hoy, dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. contra la sentencia de primera instancia, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones respecto a la misma providencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **NURY HEMELY MORALES GAMA** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A**, radicado **76001-31-05-016-2016-00193-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

**S E N T E N C I A No. 84**

**1) ANTECEDENTES:**

La señora **NURY HEMELY MORALES GAMBA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con el fin que se declare la nulidad del traslado efectuado por la actora del RPM al RAIS. Se declare que la demandante conserva el régimen de transición, por consiguiente se ordene a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de vejez, aplicando la norma anterior vigente más favorable, respetándole su beneficio al RT. Se condene a Colpensiones a pagar la diferencia que exista en la reliquidación de la mesada pensional, además el pago del retroactivo y costas y agencias en derecho.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 1-8 demanda, 73-81 contestación de la demanda por parte de Colpensiones, 99-124 contestación de Porvenir S.A. (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia, en la que ordenó la nulidad de traslado de la demandante realizado entre Colpensiones y Porvenir S.A. Ordenó a Colpensiones reconocer la pensión de vejez por medio del régimen de transición desde el 04 de junio de 2014, junto con la reliquidación de la pensión y condenó en costas a Porvenir S.A y agencias en derecho en suma de 3.000.000.

El juzgado de primera instancia fundamentó la condena, argumentando que de la prueba documental allegada no se evidencia que se hubiera informado en forma detallada los beneficios y limitaciones que produce el traslado al RAIS con respecto a la pérdida del beneficio del RT, pues se establece que la fecha y monto de la pensión que disfruta no le es favorable, aunado a ello la actora alega que no le dieron la asistencia debida; en consecuencia el despacho estima que procede la nulidad el traslado efectuado del RPM al RAIS. Frente a las pretensiones sobre el reconocimiento y reliquidación de la pensión de vejez bajo el RT, se tiene que la actora cotizó al sistema pensional un total de 1.375 semanas en toda su vida laboral y que cumplió los 55 años de edad el 23 de agosto de 2013, por lo tanto está inmersa en el RT y sumados los tiempos públicos y privados, reúne los requisitos exigidos; lo cual, permitió otorgar la pensión solicitada junto con los reajustes anuales y las mesadas adicionales retroactivamente a partir del 04 de junio de 2014. Finalmente se declara no probada la excepción de prescripción.

## **2) RECURSO DE APELACIÓN:**

La entidad demandada señala que interpone el recurso sobre el numeral de las costas, al considerar que son excesivas para el presente proceso, toda vez que Porvenir no violó el derecho fundamental a la pensión y en el presente proceso se está pidiendo una reliquidación y su representada devolvió todos los rendimientos y capital al momento del traslado y Colpensiones concedió su derecho pensional; por lo tanto, no cree que haya lugar a las agencias en derecho fijadas por el despacho.

## **3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

Mediante auto del 24 de junio de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión; sin embargo, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

La sentencia consultada y apelada debe **ACLARARSE, ADICIONARSE Y CONFIRMARSE** son razones:

Sea lo primero el estudio de la legalidad de la condena en grado jurisdiccional de consulta y acto seguido se estudiará el recurso de apelación interpuesto por la demandante.

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si fue acertada la decisión de la *a-quo* de declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y su consecuencial conservación del régimen de transición; así mismo determinar si la decisión del juez primigenio de condenar en costas a Porvenir S.A. fue acertada.

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Se encuentra acreditado que la demandante nació el 23 de agosto de 1958 (fl.29) **2)** Que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 12 de diciembre de 1994 (fl.10) **3)** Que se trasladó del ISS al RAIS con Porvenir S.A. mediante formulario de afiliación del 31 de mayo de 2000 (fl.51). **4)** Que retornó al RPM en cumplimiento de fallo de tutela del 23 de noviembre de 2010, proferido por el Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali (fl. 187 ss.). **5)** Que a través de Resolución GNR 28514 del 2015, Colpensiones le reconoció pensión de vejez a la actora en aplicación de la Ley 797/03.

### **1. NULIDAD DE TRASLADO.**

Es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la nulidad del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, por ello, el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL12136 rad. No 46292 del 3 de septiembre de 2014.

Es de anotar que las jurisprudencias antes citadas corresponden a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo en reciente pronunciamiento (sentencia SL1452 rad. 68852 de 3 de abril de 2019) la Sala de Casación Laboral aclaró que esa falta de deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Entonces, en definitiva le corresponde al fondo de pensiones quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que Porvenir S.A., no probó. No puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Así mismo, se considera que a pesar de que la actora firmó el formulario del traslado, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado; teniendo en cuenta que era deber de la administradora realizar un proyecto pensional, en donde se informe el monto de pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Así resultar acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó la actora, sin que haya lugar a ordenar en este caso la remisión a COLPENSIONES de la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual por cuanto la actora había retronado al RPM desde el año 2011 en cumplimiento de un fallo de tutela, sin embargo y por favorecerle la consulta a COLPENSIONES se hace necesario adicionar la sentencia en el sentido que PORVENIR S.A. deberá trasladar a dicha entidad lo relativo con los valores cobrados por concepto de gastos de administración.

Este deber de devolución de los valores recibidos por la AFP ha sido tratado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en su jurisprudencia en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que indicó:

*“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.”*

Ahora, en cuanto a la eventual configuración del fenómeno de la cosa

juzgada, dada la orden de traslado impartida en el fallo de tutela proferido por el Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali el 23 de noviembre de 2010, se ha de precisar que en dicha providencia no se efectuó pronunciamiento sobre la nulidad del traslado efectuado del RPM al RAIS, simplemente se ordenó el retorno de la actora al ISS al establecerse que la negativa de los fondos de pensiones de aceptar su regreso al RPM constituía una vulneración a su derecho a la libre escogencia de fondo, razón por la cual no puede predicarse que sobre este tema se haya configurado este fenómeno.

En lo atinente al recurso interpuesto por la condena en costas impuestas a PORVENIR S.A. observa la Sala que dicha AFP procedió a contestar la demanda, se opuso a las pretensiones, formuló excepciones y resultó vencido en juicio, por lo que a las voces del art. 365 del C.G.P., es procedente la condena en costas en primer grado.

Por todo habrá de confirmarse la decisión relativa a la ineficacia del traslado adoptada en por la Juez Primigenia en la sentencia apelada y consultada con la leve adición antes enunciada y como se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. igualmente se le impondrá costas en esta instancia.

## **2. LA CALIDAD DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE:**

Se observa en el expediente que COLPENSIONES, mediante Resolución No. Gnr 28514 del 09 de febrero de 2015 (fls.42), reconoció a favor de la demandante la pensión de vejez en cuantía inicial de \$2.503.600, mesada que se extrajo de un IBL sobre 1342 semanas y aplicó una tasa de retribución del 63.96%.

En ese orden, no existe discusión sobre la calidad de pensionada que ostenta la demandante, pues mediante acto administrativo proferido por la entidad demandada le fue reconocida la prestación pensional.

## **3. DE LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN:**

La demandante NURY HEMELY MORALES es beneficiaria del régimen de transición, establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que nació el 23 de agosto de 1958 (fl.29), por ende para el 01 de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad. Así mismo se debe recordar que la declaración de la ineficacia del traslado efectuado al RAIS trae consigo el derecho a la actora conservar el régimen transición.

Beneficio que mantuvo a pesar de la expedición del AL 01/2005, puesto que a la fecha de entrada en vigencia del mismo contaba con más de 750 semanas (PT 4ºART. 1º AL 01/2005).

Ahora bien, en cuanto al régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 aplicable a la demandante, se determina que es el del Sector Público, es decir Ley 33 de 1985, o Ley 71 de 1988 y no el del sector privado según lo expuesto por el A Quo en sus consideraciones, es decir el Acuerdo 049 de 1990, pues nótese del conteo de semanas que con anterioridad al 01/04/1994 nunca estuvo afiliada al ISS, ni realizó cotizaciones con empleadores del sector privado.

Si bien, esta Sala de Decisión ha acogido la interpretación más favorable al trabajador, la que consiste en que para acceder a la pensión de vejez se puede realizar la sumatoria de tiempos cotizados al ISS y tiempos de servicios públicos, tal como lo expone la Corte Constitucional mediante sentencia **SU-769 del 16 de octubre de 2014**, la aplicación de este criterio se ha realizado en casos en los que el demandante ha efectuado al menos una cotización al ISS con anterioridad a la entrada en vigencia del SGP, por considerarse que las disposiciones del Acuerdo 049/90, para estos casos también son aplicables como régimen anterior, sin embargo, para el asunto bajo estudio, este supuesto no se da, pues mírese que la señora Morales Gamba tan solo hasta el 12/12/1994 se afilió al ISS (fl.10) y a partir de esa fecha comenzaron sus cotizaciones.

Según lo expuesto, habrá de aclararse lo indicado por la juez primigenia en este sentido, señalando que para el caso de la actora al efectuar la reliquidación de su mesada se debe aplicar el contenido de la Ley 71 de 1988, norma que permite la acumulación tiempos cotizados a cajas del sector público o el simplemente laborado a entidades del Estado que no realizaron la respectiva cotización a ninguna caja de previsión social ni al ISS, con las cotizaciones realizadas al ISS hoy Colpensiones.

Así las cosas, se admite a la señora Nury Hemely Morales gozar de la pensión de vejez conforme las normas precedentes a la citada **Ley 100 de 1993**, es decir, en aplicación de la Ley **71 de 1988**, siendo su disfrute pensional a partir de la fecha en que acredite su retiro del servicio público y no a partir del 04 de junio de 2014 como erradamente lo indicó la juez primigenia, pues nótese que la actora ostenta la calidad de servidora pública y conforme al Decreto 2245/2012, hasta tanto no se produzca el retiro no se efectúa la inclusión en nómina, por tanto se modificará el numeral segundo de la sentencia en ese sentido.

Lo anterior deja sin fundamento las excepciones propuestas, incluso la de prescripción, la cual no prospera por cuanto con la presentación de la demanda se interrumpe el termino prescriptivo de las mesadas pensionales.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia apelada y consultada en el sentido que PORVENIR S.A igualmente debe devolver a COLPENSIONES los valores cobrados por concepto de gastos de administración respecto de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo vigente su vinculación en dicho fondo.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia consultada y apelada en el sentido que el disfrute la pensión opera en la fecha en que se efectuó el retiro de la actora del servicio público.

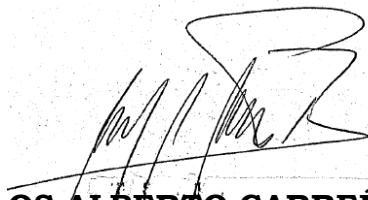
**TERCERO: ACLARAR** la sentencia apelada y consultada en el sentido que la reliquidación de la pensión de vejez se debe efectuar aplicando el contenido de la Ley 71 de 1988

**CUARTO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

**QUINTO: COSTAS** esta instancia a cargo de Porvenir S.A. Fíjese la suma de 1 SMLMV por concepto de agencias en derecho.

**Los magistrados:**

  
**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**(ACLARACIÓN DE VOTO)**

  
**MARIA NANCY GARCIA GARCIA**  
**MARIA NANCY GARCIA GARCIA**  
*Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública*  
*(Art. 11 Dcto 491 de 2020)*