TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 037
Audiencia número: 520

En Santiago de Cali, a los diecisiete (17) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, modificatorio del artículo 82 del CPL y SS, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 014 del 21 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por LUCIA GUAMAN COLLAZOS contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Considera la apoderada de Colpensiones que la demandante no puede regresar al régimen de prima media por estar inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al faltarle menos de 10 años de edad para adquirir del derecho pensional. Además, al suscribir la actora el formulario de vinculación al RAIS lo hizo de manera libre y voluntaria cumpliendo con los requisitos legales de capacidad, consentimiento, objeto, causa licita, sin que hubiese demostrado dentro del plenario la existencia de vicios del consentimiento. Considerando que la providencia de primera instancia debe ser revocada.

De otro lado, el mandatario judicial de la actora expone que PORVENIR S.A. no acreditó que cumplió con su deber de información a la actora al momento en que ella se vincula con esa entidad. Considerando que la providencia de primera instancia está acorde con los precedentes jurisprudenciales emitidos en el tema de ineficacia del traslado de régimen pensional, que conllevan a solicitar la confirmación de la sentencia impugnada.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 0469

Pretende la demandante que se declare la nulidad del traslado realizado en marzo de 1997 del régimen de prima media con prestación definida del Instituto de Seguros Social hoy administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. Que consecuencia de lo anterior, sea admitida en el régimen de prima media conservando el régimen de transición y se ordene a PORVENIR S.A, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que hubiere causado. Además, PORVENIR S.A. debe asumir 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 con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del CC.

Reclama, además, a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición, a partir del 21 de octubre de 2012, cuyo retroactivo estará a cargo de COLPENSIONES o de PORVENIR o solidariamente responsables en el pago de éste. Solicita sean reconocidos y pagados los intereses moratorios. Como peticiones subsidiarias reclama la indexación del retroactivo pensional.

En sustento de esas peticiones, anuncia la demandante que nació el 21 de octubre de 1957, que cotizó ante el Instituto de Seguros Sociales desde el 01 de julio de 1979 y en marzo de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. Que, al momento del cambio de régimen pensional la información no fue muy clara, además se omitió indicarle sobre la facultad de retracto. Que solicitó a las demandadas el retorno al régimen de prima media, obteniendo respuesta negativa.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La apoderada de COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda a través de apoderada judicial se opone a las pretensiones porque el traslado que hizo la demandante al régimen de ahorro individual fue libre y voluntario, teniendo tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del que más le convenía, sin que, además, hubiese acreditado que se dieron vicios del consentimiento que llevan a la nulidad. Que por no encontrarse la actora afiliada al régimen de prima media no es procedente el reconocimiento de la pensión y no tiene régimen de transición por el traslado que hizo de régimen pensional. Formula las excepciones de fondo que denominó: innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

PORVENIR S.A. a través de mandatario judicial da respuesta, porque las actuaciones de esa entidad siempre han estado ceñidas a la ley y la afiliación que hizo la demandante fue con el cumplimiento de los requisitos, esto es, de manera libre, espontánea y sin presiones. Que no es procedente la pensión de vejez, porque esa prestación se está reclamando directamente a COLPENSIONES. En su defensa formula las excepciones de fondo que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, validez del traslado de la actora al RAIS, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones, carencia de acción y ausencia del derecho, compensación, buena fe y la innominada o genérica.

En cumplimiento a lo ordenado por el Acuerdo CSJVAA21-20 del 10 de marzo de 2021, este proceso cuyo conocimiento estaba en cabeza del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, fue remitido al Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, quien el 13 de agosto de 2021 avocó su conocimiento (pfd. 14)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El proceso se dirime con sentencia, mediante la cual el operador judicial decide:

1. Declara no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.
2. Declara la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que tuvo como fecha efectiva el 01 de abril de 1997 proveniente del extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES.
3. Condena a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, contenidos en su cuenta individual de ahorro, tales como la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad, con todos sus frutos e intereses, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, de los cuales los tres últimos deberán ser entregados debidamente indexados.
4. Condena a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional del demandante.
5. Condena a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que reciba de PORVENIR S.A.
6. Condena a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de vejez de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por su condición de beneficiaria del régimen de transición, la cual se hará efectiva a partir de la

demostración por parte de la demandante de la respectiva desafiliación al Sistema General de Pensiones en los términos del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

7. Ordena a COLPENSIONES a realizar el ingreso base de liquidación, conforme a lo dispuestos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y con base en las semanas que allí se obtengan y n virtud que se van a trasladar, se determine la tasa de reemplazo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, con base en las semanas que se determinen del traslado y las que se realicen hasta la desvinculación efectiva de la demandante del sistema general de pensiones.

Para arribar a las anteriores conclusiones, el A quo, se apoya en varios precedentes jurisprudenciales sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, encontrando que las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso no cumplieron con su deber de haber asesorado de manera integral al actor sobre las características e implicaciones que conllevaban el traslado de régimen pensional.

Accede al reconocimiento de la pensión de vejez, encontrando que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, porque tenía 36 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el que conservó a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, porque a la entrada de esa reforma constitucional, la actora presenta 1204 semanas, es decir, más de 750 semanas que exige. Que el disfrute de la pensión sería al momento de la desafiliación.

RECURSO DE APELACION

La parte pasiva formula el recurso de alzada, presentando los siguientes argumentos.

La apoderada de PORVENIR S.A., solicitando se revoque las condenas impuestas. Que se ha declarado la ineficacia de la afiliación de la demandante, pero se debe dar prelación de la voluntad de la actora no sólo dada en el momento del cambio de régimen, sino además porque la permanencia en el RAIS sin que hubiere presentado inconformidad alguna frente a la información que ahora califica de incompleta. Pero se debe tener en cuenta la fecha vigente al momento de la afiliación, por lo tanto, considera que de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales se le ha dado un alcance retroactivo a las normas que regulan el deber de

información, donde al interesado también le asiste el deber de informarse, donde se está descargando de cualquier obligación. En el evento de que no se atiendan los argumentos expuestos. Considera que la providencia en relación con los bonos pensionales, no existen en la cuenta de ahorro individual no aparece éste cancelado, además no hay sumas adicionales, en cuento a los gastos de administración, son improcedente su traslado porque genera un enriquecimiento sin causa a COLPENSIONES, y la administradora del RAIS ha realizado una buena gestión del capital del actor que ha generado rendimientos. También considera que no se debe condenar en costas.

COLPENSIONES a través de su mandataria judicial, expresa que lo que origina este proceso es un hecho ajeno a esa entidad, porque la actora se trasladó de manera libre y voluntaria al RAIS y no se puede aceptar a la actora como afiliada y mucho menos el reconocimiento de la pensión, porque la demandante no tiene el número de semanas mínimas en el régimen de prima media y se desconoce el tiempo cotizado en el régimen de ahorro individual.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia, es adversa a COLPENSIONES, se surte el grado jurisdiccional de consulta por ser la Nación garante de ésta, tal como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 8131 radicación 47158 de 2017.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la demandante y de ser así se determinará que emolumentos se deben transferir al régimen de prima media y si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez.

No es materia de discusión que la actora estuvo afiliada al ISS desde el 01 de julio de 1979 hasta el 28 de febrero de 1997, cotizando 771.43 semanas como se observa en la historia laboral que lleva la demandada y que fue aportada con la demanda. De acuerdo con la historia laboral que lleva PORVENIR S.A. se observa cotizaciones a partir del mes de marzo de 1997.

Pasa la Sala a resolver el primer problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad; resulta viciada y así analizar su consecuente nulidad. Frente a dicha afirmación el fondo de pensiones demandado expuso en su defensa que sí brindaron asesoría al momento del traslado de régimen pensional.

Es de recordar que nuestro Sistema de Seguridad Social en Pensiones está compuesto por dos regímenes excluyentes pero que coexisten: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (art. 12 Ley 100/93). Además, el literal b) del artículo 13 de esa misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y para tal efecto debe manifestar su elección al momento de la vinculación o traslado; éstos se pueden dar cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de no poderse trasladar cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el Decreto 663 de 1993 y la Ley 795 de 2003.

El *deber de información* es un elemento de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el Decreto 663 de 1993 - *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*- artículo 72 literal f) y artículo 97, normas modificadas por la Ley 795 de 2003, que en su artículo 12 señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar *"debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas"*.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los Decretos 2241 de 2010 y 2555 del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el sistema general de pensiones, como: i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que por ley tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retractarse; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado,

tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que "*las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse"* que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

Respecto a la nulidad del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, rememora las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, las cuales manifestaron como principal razón en que se fundamentó la declaratoria de nulidad de la afiliación, es el deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Así lo recordó nuestro órgano de cierre en la sentencia SL 373, radicación 84475 del 20 de febrero del 2021. Magistrada Ponente: Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, retomando los pronunciamientos realizados por esa corporación en sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, puntualizando:

> *"La obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.*
>
> *En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro"*

De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad siempre ha tenido la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión. Carga de la prueba que estaba en cabeza de las administradoras de pensiones, de conformidad con los anteriores precedentes jurisprudenciales y además, expuesto en las sentencias SL 1421 y SL 1452 de 2019.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SL 1688 de 2018, sobre la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales es "la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado". Señalando el máximo órgano de la jurisdiccional laboral lo siguiente:

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección*

a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor[1] o del consumidor financiero". (Subrayas fuera de texto original).

Descendiendo al caso que nos ocupa, si bien, aparece copia del formulario, diligenciado por la demandante, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, por parte del promotor de esta acción que impidan la ineficacia solicitada, porque en palabras de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia SL 1421 de 2019, radicación 56174, preciso sobre esa temática, lo siguiente:

"Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Acreditar dichos presupuestos incumben a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para el afiliado, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión libre…"

En el proceso en curso, omitió la administradora de pensiones del régimen de ahorro individual acreditar que cumplió con el deber de haberle brindado a la demandante una información suficiente sobre los beneficios, bondades de cada régimen a fin de que tomará la mejor decisión en relación con su régimen pensional.

Con respecto a la orden dada a la administradora de pensiones demandada, a devolver, además, las sumas que corresponde a gastos de administración. La Sala cambia el criterio

expuesto en providencias anteriores, por cuanto consideró que éstos eran ordenados por la ley y nos apoyamos en precedentes jurisprudenciales, tales como la C-789 y C 1024 de 2004, además, SU- 062 de 2010, que refieren al requisito de equivalencia del ahorro, atendiendo que no se destina el mismo porcentaje para los gastos de administración como lo prevé el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. Pero esta Sala acogiendo las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expuestas en la SL 1421 y 4360 de 2019, ésta última que corresponde al fallo de instancia, emitido por esa corporación, donde preciso:

> *"Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones…."*

> *"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargos a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 4964 de 2018,4989 de 2018, 1421 de 2019,1688 de 2019)*

Por consiguiente, atendiendo las enseñanzas de nuestro órgano de cierre, esta Sala cambia el criterio expuesto anteriormente, por cuanto la no devolución de los gastos de administración sólo opera para la acción en que se persigue el traslado y no la nulidad o ineficacia de éste. Como lo ha precisado nuestro órgano de cierre de la jurisdicción laboral en sentencia SL1421-2019, en la que trae a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

> *"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, adoctrinó:*
>
> *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."

Frente a la devolución de aportes, resulta imperioso remitirnos igualmente a la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL2601 de 2021 en la que se reitera el pronunciamiento expuesto en providencia SL2877-2020, en la que preciso que la devolución de aportes, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima también regulada el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, al considerar, que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, razón por la cual se mantendrá la sentencia de primera instancia. Al momento de cumplirse esta orden, PORVENIR S.A. deberá discriminar los valores a transferir con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

Ante la devolución de los aportes, rendimientos, gastos de administración, así como las sumas adicionales y lo correspondiente al fondo de garantía mínima a COLPENSIONES, conlleva a que no se vulnere el principio de sostenibilidad del sistema, porque con esas sumas se pagará la pensión que oportunamente se causen.

Encuentra la Sala que no ha operado el fenómeno extintivo de las obligaciones, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 1421 de abril de 2019, cuyo aparte es del siguiente tenor.:

"De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad de traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución

Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los supuestos fácticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia a propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo:"

Atendiendo el precedente jurisprudencial, donde la imprescriptibilidad del derecho a la pensión en sí mismo obedece a su naturaleza de prestación social de tracto sucesivo que se disfruta en forma vitalicia ligado a que como derecho conexo al mínimo vital y al derecho al trabajo, amén que ese derecho a la pensión está sometido a la condición suspensiva de que confluyan los requisitos mínimos exigidos por la ley, lo que implica necesariamente que durante ese lapso no es exigible y por lo tanto, no opera plazo extintivo alguno.

Tampoco es procedente declarar probada la excepción respecto a las obligaciones impuestas a la administradora del RAIS llamada al proceso, como es la de transferir los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor con sus rendimientos y demás emolumentos antes citados, porque éstos tendrán incidencia en el valor de la mesada pensional, derecho que es imprescriptible y como se anunció en líneas anteriores, se deben devolver éstos para no afectar el principio de sostenibilidad del sistema.

PENSION DE VEJEZ

El operador judicial de primera instancia, determinó que hay lugar a la pensión de vejez en aplicación del beneficio del régimen de transición. Para determinar si esa decisión está ajustada a la ley, es necesario remitirnos al inciso 2. del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, norma que establece ese régimen de transición, siendo requisito para su aplicación, tener 35 años o más de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, al momento de entrar a regir esa disposición.

La Ley 100 de 1993, entró en vigencia el 1° de abril de 1994, por consiguiente, descendiendo al caso que nos ocupa, al haber nacido la demandante el 21 de octubre de 1957, como se acredita con la partida de nacimiento y copia de la cédula de ciudadanía (fl. 6 del expediente escaneado) encuentra la Sala que al momento de entrar en aplicación el Sistema General de Pensiones, la actora tenía 37 años de edad cumplidos, por lo tanto en principio acredita uno de los requisitos exigidos en la norma en comento para ser beneficiaria del régimen de transición y con ello analizar los presupuestos para la pensión de vejez con la norma anterior a la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, debe aclararse que la vigencia del régimen de transición, consagrado en el referido artículo 36 de la Ley 100, éste fue limitado a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, no obstante, las personas que causen él derecho a la pensión de vejez con posterioridad a dicha calenda, deberán acreditar a la entrada en vigencia de aquella reforma constitucional -25 de julio de 2005-, 750 o más de semanas cotizadas, para que se les extienda el derecho a ser beneficiario de dicho régimen hasta el año 2014.

La exigencia de la reforma constitucional también la acredita la demandante con la copia de la historia laboral que lleva COLPENSIONES, que informa que del 01 de julio de 1979 al 28 de febrero de 1997 la actora tiene 771.43 semanas cotizadas (fl. 10 del expediente escaneado)

La norma que regía antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, en materia pensional era el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, requiere para el reconocimiento de la pensión de vejez, para el caso de los hombres acreditar 60 años de edad y 55 años para el caso de las mujeres y 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad o 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

Descendiendo al caso bajo estudio, se acompañó con la demanda la historia laboral que lleva PORVENIR S.A. donde indica que en total la demandante tiene 1.864 semanas, documento generado el 12 de octubre de 2018 (fl. 20)

De acuerdo con la prueba documental, el requisito de la edad de 55 años, los cumplió la actora el 21 de octubre de 2012 y al presentar más de 1800 semanas, le dan derecho a la actora al reconocimiento de la pensión de vejez. Pero para su disfrute, en caso de trabajadores de empresas privadas, se requiere la desafiliación definitiva del sistema, ya que sólo a partir de dicho hecho, el asegurado comienza a recibir la prestación, de conformidad con lo previsto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que establecen:

> *"La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma"* y *"Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso para que pueda entra a disfrutar de la pensión…"*

Como quiera que en la historia laboral de PORVENIR S.A. se observa cotizaciones hasta julio de 2018, y el A quo consideró que era necesaria la desafiliación al sistema pensional, decisión que no fue censurada por la parte actora, razón por la cual no se puede establecer desde que fecha se disfrutará de esa pensión, debiéndose informar a COLPENSIONES la desafiliación al sistema, lo que conlleva a mantenerse la decisión de primera instancia.

Para realizar la cuantificación del valor de la mesada pensional, es necesario que una vez PORVENIR S.A. trasladen todas los aportes con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración, las sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, en el caso de haberlos recibido, así como las sumas correspondientes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, deberá COLPENSIONES, como la administradora del régimen de prima media, actualizar la historia laboral, cargue los valores correspondiente al ingreso base de cotización, toda vez que de conformidad con el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, dispone que en el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez, mientras que en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destina a las cuentas individuales de ahorro

pensional. Quedando claro que la normatividad estableció una diferenciación en lo que respecta a la tasa de cotización y su distribución; que, al regresar la actora al régimen de prima media con prestación definida, se debe contabilizar el ingreso base de cotización sobre el 10.5% y no sobre el 10% que ha realizó la administradora del régimen de ahorro individual, porcentaje que tiene efectos al momento de determinar el monto de la mesada pensional.

Para la exigibilidad de la obligación impuestas a las administradoras de los regímenes pensionales, es necesario, establecer un término para su cumplimiento, por lo tanto, y PORVENIR S.A. deberán trasladar a COLPENSIONES todos los emolumentos antes citados, pero además, deberá indicar debidamente discriminados, los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, contando para ello con un término de UN MES contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, y COLPENSIONES, contará con UN MES para actualizar la historia laboral y liquidar el valor de la mesada pensional. Tiempo que se empieza a contabilizar desde el momento en que PORVENIR S.A. transfieran aportes, rendimientos y gastos de administración y demás, enunciados en líneas anteriores, debiendo además la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso, informar a la demandante, cuanto capital traslada a COLPENSIONES y la data precisa en que cumple con ese deber. Por lo anterior, se adicionará el proveído de primera instancia.

COLPENSIONES, deberá hacer la liquidación del valor de la mesada pensional, conforme a la ley. Además de deberá atender los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90% sobre el ingreso base de liquidación que determine la administradora del régimen de prima media, teniendo en cuenta que el artículo 35 de Ley 100 de 1993, establece la prohibición de fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente y además, el valor de la mesada pensional se incrementara anualmente como lo determine la ley.

Hay lugar a imponer costas de primera instancia a cargo de la pasiva por cuanto los argumentos de defensa no fueron atendidos y de conformidad con el artículo 365 del CGP, norma aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPL y SS.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por los apoderados de las partes como alegatos de conclusión.

Costas esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y a favor de la demandante por haber sido vencidas en el proceso. Fijándose como agencias en derecho, en esta instancia, en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cancelará cada entidad demandada.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia número 014 del 21 de febrero de 2022, emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, la que quedará así:

a) CONDENAR a PORVENIR S.A. para que, en el término de un mes, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, trasladen a COLPENSIONES los aportes, rendimientos, el porcentaje de gastos de administración, sumas adicionales, el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados que corresponden a la señora LUCIA GUZMAN COLLAZOS y los que serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

b) ORDENAR a y PORVENIR S.A. a informar a la señora LUCIA GUZMAN COLLAZOS, la fecha y capital que traslada a COLPENSIONES.

c) ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES– COLPENSIONES, en su calidad de actual administrador del régimen de prima media con prestación definida, para que, en el término de un mes, contado a partir de la fecha en que PORVENIR S.A. le traslade los rubros indicados en el anterior numeral que corresponden a la señora LUCIA GUZMAN COLLAZOS, actualice la historia laboral de la demandante.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 014 del 21 de febrero de 2022, emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y a favor del promotor de esta acción. Fijándose como agencias en derecho que corresponden a esta instancia, la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por parte de cada una de las citadas.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004**-de-lasala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias)** y a los correos de las partes.

DEMANDANTE: LUCIA GUZMAN COLLAZOS
APODERADO: JUAN FERNANDO ACEVEDO DURANGO
ASESORJURIDICOCALI@OUTLOOK.COM

DEMANDADO: COLPENSIONES
APODERADA: DIANA MARIA BEDON
dianabedon@yahoo.com

PORVENIR S.A.
APODERADA. ASTRID VERONICA VIDAL CAMPO
vvidalvvl@gmail.com

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. 005-2018-00505-01