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

Acta número: 07
Audiencia número: 22

En Santiago de Cali, a los cuatro (04) días del mes de marzo de dos mil veintiuno (2021), 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, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 281 del 13 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por la señora LILIANA REYES MONTOYA contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.

ALEGATOS

La apoderada de la actora, dentro del término legal formuló alegatos de conclusión, solicitando la confirmación de la providencia de primera instancia, argumentando que la actora cuenta con 62 años de edad y tiene cumplidos los requisitos para pensión de vejez, como beneficiaria del Régimen de Transición, debiéndose aplicar lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, como efectivamente le fue reconocido la A quo, sin que exista nuevos motivos ni circunstancias que cambien, alteren o modifiquen el derecho declarado en la providencia recurrida por la parte demandada.

Como quiera que no se decretaron pruebas en esta instancia, se emite a continuación, la siguiente

SENTENCIA No. 22

Pretende la demandante que se declare la nulidad del traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual, administrado por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. Que, en virtud del regreso automático al régimen de prima media, deberá condenarse a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos. Que se declare que la actora es beneficiaria del régimen de transición, solicitando el reconocimiento de la pensión de vejez, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, concedida desde el momento en que cumplió los requisitos para adquirir ese derecho, prestación que reclama a COLPENSIONES, de manera retroactiva y con los intereses moratorios o en subsidio la indexación o corrección monetaria.

En sustento de esas pretensiones, aduce la demandante que nació el 28 de noviembre de 1958, que durante su vida laboral realizó cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, inicialmente con el Instituto de Seguros Sociales, cotizando 520 semanas y el 23 de enero de 1998 se trasladó a PORVENIR S.A, entidad ante la cual tiene más de 900 semanas cotizadas. Que ha solicitado a PORVENIR S.A. la nulidad del traslado, porque esa administradora violó las normas y disposiciones, tanto en la etapa previa a la afiliación como en las etapas posteriores, donde estaba el deber de informar con debida diligencia y pericia.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES**,** dio contestación a la demanda por medio de apoderada judicial, oponiéndose a las pretensiones, porque la decisión del traslado de régimen pensional es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria, donde esa entidad no está obligada a realizar el traslado solicitado por la actora. Oponiéndose igualmente al reconocimiento de la pensión de vejez porque la demandante se encuentra afiliada a PORVENIR S.A. y debe ser esa entidad la llamada a responder por esa prestación. Formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

PORVENIR S.A. igualmente atendiendo el llamado al proceso, a través de mandatario judicial se pronuncia, oponiéndose al petitum demandatorio, afirmando que la actora tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al régimen de ahorro individual, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de vinculación ya que con la firma dejo constancia expresa de la escogencia de ese régimen de manera libre, no pudiendo ahora señalar que no conocía el tema por falta de asesoría o información, porque ésta fue brindada por el personal de PORVENIR S.A.

Plantea las excepciones de mérito que denominó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones labores de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la innominada o genérica.

PROTECCION S.A. a través de apoderado judicial da respuesta a la acción, igualmente, oponiéndose a las pretensiones, porque no existió omisión u error alguno por parte PORVENIR S.A. porque esa entidad entregó a la demandante toda la información que ésta requería para que tomara la decisión consciente y libre de toda coacción respecto al traslado, por lo tanto, esa afiliación goza de plena validez, donde posteriormente la actora se trasladó a PROTECCION para luego retornar a PORVENIR S.A.

Plantea las excepciones de validez de la afiliación a PROTECCION S.A. inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El proceso se dirime con sentencia, mediante la cual la operadora judicial:

- Declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva.

- Declara la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la actora y de todas las afiliaciones que ésta haya tenido a la administradora del último régimen, conservando en consecuencia, el régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.
- Condena a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual la demandante, junto con sus rendimientos y gastos de administración.
- Condena a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión vitalicia de vejez a la actora a partir del 28 de diciembre de 2016 en cuantía de $1.402.893, a razón de 13 mesadas al año, liquidando el correspondiente retroactivo. Además, accede al reconocimiento de los intereses moratorios sólo a partir de la ejecutoria de la sentencia, y autoriza a COLPENSIONES hacer el descuento por concepto de aportes en salud.

Para arribar a las anteriores conclusiones la A quo se apoyó en precedentes jurisprudenciales sobre la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, definiendo que la actora al momento de firmar el acto del traslado no fue un hecho libre ante el desconocimiento de las consecuencias que ello acarreaba, razón por la cual declara la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenado a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración. Consideró que la acción de nulidad no está sometida al fenómeno de extinción de la obligación.

En relación con la pretensión de la pensión de vejez, determinó la A quo que la actora es beneficiaria del régimen de transición, que cumplió los 55 años de edad en noviembre de 2013 y que éste lo conservó porque a la vigencia del Acto Legislativo del 2005, la actora presenta 864 semanas, es decir, más de las 750 semanas que exige la reforma constitucional para conservar el régimen de transición, que presenta más de 1250 semanas, lo que le da derecho a una tasa de reemplazo del 90%. Hace la liquidación del IBL con toda la vida laboral, el que arroja una suma de $1.283.509 y con los últimos 10 años un IBL de $1.552.771, que da una mesada pensional de $1.402.893, siendo ésta la fórmula más favorable, liquidando con ello el

valor del retroactivo pensional a partir del 28 de diciembre de 2016, día siguiente a la última cotización y liquidado a octubre de 2019.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES formularon el recurso de alzada, bajo los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A. solicita la revocatoria de los numerales de la sentencia de primer grado que refieren a la declaratoria de nulidad y la orden de transferir a COLPENSIONES los valores de la cuenta de la demandante con sus rendimientos y gastos de administración. Indicando que cada régimen pensional tiene sus aspectos favorables y desfavorables, por ello la ley, permite al afiliado la selección de régimen. Que, en el presente caso, la actora no probó que se hubiese presentado un vicio del consentimiento que conlleve a invalidar la afiliación, porque ella si recibió asesoría, la que fue brindada de acuerdo a la normatividad vigente para el año de 1998, que era verbal, donde la bastaba la firma de formulario como una señal de aceptación del traslado al régimen de ahorro individual. Censura que no se haya declarado probada la excepción de prescripción, no del derecho pensional, sino de la acción de nulidad. Igualmente, expresa inconformidad por la orden de transferir a COLPENSIONES los gastos y comisiones de administración, porque éstos se generan por el manejo de la cuenta de ahorro individual, además, se trata de un descuento legal, que tiene una finalidad, por lo tanto, ya no están en las arcas de PORVENIR.

COLPENSIONES, a través del mandatario judicial, solicita la modificación de la sentencia de primer grado, en lo que tiene que ver con el retroactivo pensional, porque se está omitiendo los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, debiéndose acreditar la desafiliación de la actora al sistema pensional, porque en este caso la historia laboral esta hasta el año 2017, donde no se indica la desafiliación. Además, que no hay lugar al retroactivo pensional, porque las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso, deben transferir los recursos, por lo tanto, la obligación a cargo de COLPENSIONES está supeditada al cumplimiento de la obligación a cargo de PORVENIR., lo que conlleva igualmente que no se pueda condenar en intereses moratorios. Censura la

condena en costas, aduciendo que éstos se imponen a quien resulte vencido en el juicio, circunstancia que sólo debe predicarse de las administradoras del régimen de ahorro individual que hacen parte del proceso, porque ellas fueron las que hicieron el traslado de régimen pensional.

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

El problema jurídico que deberá dirimir esta Sala, gira en torno a establecer: si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, junto con la devolución de los gastos de administración y de ser afirmativa la respuesta, verificaremos si la acción está prescrita. Igualmente, definiremos a partir de cuándo se debe disfrutar del derecho pensional, para con ello determinar si hay o no lugar al retroactivo pensional e intereses moratorios. Por último, se determinará si es procedente la condena en costas procesales a cargo de COLPENSIONES.

En el presente proceso no se encuentra en discusión, los siguientes supuestos fácticos:

1. La fecha de nacimiento de la demandante, el 28 de noviembre de 1958, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folios 52.
2. La vinculación laboral y afiliación al Instituto de Seguros Sociales, cotizando de manera interrumpida del 17 de diciembre de 1977 al 31 de enero de 1998, como se observa en la historia laboral que lleva COLPENSIONES (fl. 19)
3. La vinculación que hizo la demandante a PORVENIR S.A. el 23 de enero de 1998, como se acredita con la copia del formulario que fue allegado a folios 126.

Entra 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 privado demandado expuso en su defensa que si le brindó asesoría.

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, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos

para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.

De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tienen 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.
Descendiendo al caso que nos ocupa, si bien, aparece copia del formulario, diligenciado por la actora, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, por parte de la demandante que impiden la nulidad solicitada. Pero 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 el deber proceso de acreditar que a la actora le brindó una información suficiente sobre los beneficios, bondades de cada régimen a fin de que tomará la mejor decisión en relación con su régimen pensional, lo que conlleva a tenderse las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado y con ello la orden a la administradora del RAIS de transferir los valores correspondientes a las cotizaciones, y rendimientos financieros que pertenecen a la cuenta de la demandante a la administradora del régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES, por cuanto al declararse la ineficacia de la

afiliación, conlleva el resarcimiento, debiéndose aplicar el artículo 1746 del CC que ordena que en ese resarcimiento se debe incluir los frutos, razón por la cual, al tratarse de la devolución de dinero, éste se debe transferir con sus correspondientes rendimientos. Tal como lo ha interpretado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31989 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL 4964 de 2018.

Se debe mantener la decisión del A quo, que ordena a las administradoras de pensiones demandadas a devolver, además, las sumas que corresponde a gastos de administración. Si bien, es necesario aclarar que esta 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. Lo que conllevará a mantenerse la decisión de primera instancia.

Ahora bien, la nulidad conlleva a que el estado de cosas, regrese a como se encontraban antes del traslado, así lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL 16190, radicación 48124 del 27 de septiembre de 2017, cuando señala:

> "*Al tema, es pertinente precisar que cuando se configuran los elementos de juicio necesarios para declarar la nulidad del traslado realizado entre el régimen de prima media y el de ahorro individual con solidaridad, la consecuencia jurídica es que las cosas retornen al estado en que se encontraban antes de que se produjera el vicio que generó la invalidez declarada y, en tales asuntos, como recae sobre el traslado, al afectado con la nulidad se le restablece la situación jurídica que tenía al momento de trasladarse al régimen de ahorro individual, conforme a las previsiones del artículo 1746 del Código Civil que, en lo pertinente, establece: «La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita».*

En cuanto a la censura de no haberse declarado probada la excepción de prescripción, argumentando para tal fin que no está en riesgo el derecho pensional, sino la diferencia de la mesada. Debe la Sala aclarar que en el presente caso no se está reclamando la pensión, solo la nulidad y la Sala hace acopio de las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, expuesta en la sentencia SL 1421 de abril de 2019, antes citada y que se pronuncia en torno al medio exceptivo de la prescripción, concluyendo:

> *"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. Lo que conlleva a no

atenderse los argumentos del recurrente y en su lugar, se confirmará la decisión de primera instancia frente a la declaratoria de no probada esta excepción

PENSION DE VEJEZ

Precisamente, ante la nulidad del traslado de régimen pensional, conlleva a que la demandante regrese al régimen de prima media con prestación definida y ante la solicitud de la pensión de vejez, que la demandante reclama de la administradora del régimen de prima media, administrado actualmente por COLPENSIONES, considerando que es beneficiaria del régimen de transición. Para definir esa controversia la Sala parte de lo señalado en la Ley 100 de 1993, para determinar si es o no beneficiaria del régimen de transición, toda vez que el inciso segundo del artículo 36 establece que se debe 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.

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 28 de noviembre de 1958, encuentra la Sala que al momento de entrar en aplicación el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ésta tenía 35 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.

Debe aclararse que la vigencia del régimen de transición, consagrado en el referido artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fue limitado a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, no obstante, las personas que causen el 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.

Los requisitos para obtener el derecho pensional antes de la Ley 100 de 1993, estaban contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, donde el artículo 12 exige 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.

Veamos si en el caso que nos ocupa se cumplen con esos requisitos:

1. Edad de 55 años: presupuesto que se acredita el 28 de noviembre de 2013. Al haber nacido la actora el mismo día y mes del año 1958 (fl. 52)
2. Para conservar el régimen de transición se debe acreditar a julio de 2005 mínimo 750 semanas cotizadas. Al revisarse la historia laboral que aportó COLPENSIONES (fl. 19) y la de PORVENIR S.A. (fls. 29 y s.s.), se observa que la demandante cotizó al 25 de julio de 2005, cuando entra en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, un total de 913 semanas, número superior al que exige la reforma constitucional, razón por la cual conservó el régimen de transición; el que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2014, presentando la actora para esa data 1.405 semanas.
3. Se debe acreditar 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de edad, o 1000 semanas en cualquier tiempo. Requisito que igualmente se encuentra satisfecho porque de acuerdo con el conteo de tiempo que hace la Sala y que sólo refleja hasta 27 de diciembre de 2016, la demandante presenta un total de 1505.86 semanas.

Por consiguiente, al haberse acreditado los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se concluye como lo hizo la A quo, que la demandante tiene derecho a la pensión de vejez como beneficiaria del régimen de transición.

RETROACTIVO

Respecto al disfrute de la pensión de vejez debe destacarse que si bien ésta se causa cuando se reúnen los requisitos de edad y densidad de semanas, 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…"*

Del mismo modo nuestro órgano de cierre en Sentencia del 15 de mayo de 2012, Rad. 37798, trajo a colación lo expuesto en la sentencia con Rad. 38558, en las cuales se

resaltan que la causación y disfrute de la pensión, resultan ser dos figuras que no deben confundirse, pues la primera se configura cuando se reúnen los requisitos establecidos en la Ley para acceder a ella; y la segunda, parte de la base del cumplimiento de la primera y opera cuando se solicita el reconocimiento de la pensión ante la administradora de pensiones, previa desafiliación de los seguros de invalidez, vejez y muerte, caso en el cual se otorgaría tal prestación y el beneficiario entraría a gozar de ella.

Ahora bien, la regla expuesta en la norma en cita para entrar a disfrutar de la prestación económica de vejez no resulta absoluta, por lo que se impone analizar en cada caso la situación particular del afiliado, pues la misma puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, tal como lo explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605, reiterada en la SL 8497 del 2 de julio de 2014 y recientemente en la SL 12863 del 23 de agosto de 2017, en donde en esta última, la alta Corporación concluyó:

> *"Si bien la sala sigue considerando como regla general que para que el trabajador pueda entrar a disfrutar de la pensión de conformidad con los artículos 13 y 35 de Acuerdo 49 de 1990, debe estar desvinculado del sistema, existen situaciones específicas, como quedó dicho, que ameritan reflexiones particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia, sin que ello comporte una "transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica", tal como se indicó en Sentencia CSJ SL5603-2016"*
> *(...)*
> *"Visto lo anterior, resulta claro que en cada caso particular le corresponde al juzgador analizar si se presentan condiciones especiales que rodeen la causación del derecho pensional, a fin de determinar si el asunto se debe resolverse conforme a la regla general, o si amerita análisis especial, siempre en búsqueda de que la norma produzca un efecto más benéfico al trabajador en los términos de los artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política."*

Así mismo, el artículo 17 inicial de la Ley 100 de 1993, igualmente ilustra al respecto, pues dispone la cesación de la obligación de cotizar para el afiliado que reúne los requisitos de la pensión de vejez, o cuando se pensione anticipadamente.

En el caso de autos, reposa a folios 135 y s.s la relación de aportes, documento expedido por PORVENIR S.A. el 12 de octubre de 2017, observándose a folios 140 que la última cotización corresponde al 27 de diciembre de 2016, por medio del empleador BANCO DE BOGOTA S.A. Si bien, no se acompañó la novedad de retiro por parte del

empleador allegada al fondo de pensiones, pero al haber dejado de cotizar la demandante, es prueba de la desafiliación, máxime que tenía muchas más semanas que las que le exige la ley para pensionarse y ya tenía la edad mínima para pensionarse; por lo que a consideración de la Sala, debe tenerse en cuenta esta última calenda el momento a partir del cual entraría la demandante a disfrutar de la pensión de vejez, como bien lo dispuso la A quo en su sentencia. Punto de la decisión de ha de confirmarse.

PRESCRIPCION

La pensión se reconoce a partir del 28 de diciembre de 2016, y la solicitud del reconocimiento de la pensión fue presentada a COLPENSIONES el 13 de junio de 2017 (fl. 46), para finalmente presentar la demanda el 31 de julio de 2017 (fl. 58), observándose que entre esas datas no transcurrió los tres años que pregona el artículo 151 del CPL y SS, por consiguiente, no hay mesadas prescritas.

CUANTIA

En cuanto a la cuantía de la mesada pensional, encuentra la Sala que la A quo liquidó ésta de conformidad con la historia laboral que lleva la administradora del régimen de ahorro individual llamada al proceso, no pudiendo la Sala hacer la correcta revisión de esas operaciones matemáticas, toda vez que es necesario que una vez PORVENIR S.A. traslade todas los aportes con sus correspondientes rendimientos a COLPENSIONES, la administradora del régimen de prima media, actualice 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, PORVENIR S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos y gastos de administración en 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. transfiera los aportes, rendimientos y gastos de administración, 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.

COLPENSIONES, deberá hacer la liquidación del valor de la mesada pensional, ajustando a las fórmulas dispuestas en los artículos: 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando la más favorable. Además de deberá atender los artículos 35 y 14 de la misma Ley 100, que establece la prohibición de fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente y la orden de incremento anual de la mesada pensional.

La prestación que está a cargo de COLPENSIONES, que le reconocerá de manera retroactiva a partir del 28 de diciembre de 2016.

INTERESES MORATORIOS

Este es otro punto de censura formulado por el apoderado de COLPENSIONES, ante la condena impuesta por la A quo, la que precisó que esos intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sólo empezarían a causarse a la ejecutoria de esta providencia.

Considerando la parte recurrente, que el reconocimiento está dado al cumplimiento de la obligación por parte de la administradora del régimen de ahorro individual de transferir el

capital de la cuenta de ahorros de la demandante. Argumento que la Sala no comparte, porque para el reconocimiento de la prestación, la ley no ha sujetado el otorgamiento de la pensión de vejez, el cumplimiento previo del traslado de los aportes, esto se trata de un trámite interno entre administradoras de fondo de pensiones que no puede ocasionar traumatismos en el reconocimiento del derecho fundamental a la seguridad social.

Situación diferente y que conlleva a la exoneración de los intereses moratorios, como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689 del 8 de mayo de 2019 MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas, que corresponde a una acción de ineficacia del traslado y reconocimiento de la pensión, cuyo aparte es del siguiente tenor:

> *"No puede predicarse una mora de COLPENSIONES en el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la obligación que se impone surge con ocasión de esta decisión"*

Precedente jurisprudencial que la Sala adopta y que conlleva a modificar el proveído de primera instancia, revocando la condena por intereses moratorios impuesta a COLPENSIONES, y en su lugar se accede a la petición subsidiaria, esto es, a la indexación, toda vez que los valores por concepto de mesadas pensionales aún no los ha recibido la actora dentro del período de causación, por lo tanto, los mismos, se encuentran afectados por la devaluación monetaria que opera en economías inflacionarias como la nuestra.

En cuanto a la inconfomidad expuesta por el mandatario judicial de COLPENSIONES, sobre condena en costas**,** se tiene en cuenta que el artículo 361 del Código General del Proceso, norma aplicable por remisión que permite el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y Seguridad Social, que dispone la condena por dicho concepto a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, lo que descarta cualquier otro miramiento, referente a la buena o mala fe de las partes. Y al revisarse el plenario, los argumentos expuestos en la contestación de la demanda no fueron atendidos, lo que conlleva a concluir que esa entidad salió vencida en el proceso, por lo tanto, se mantendrá la decisión de la condena en costas de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. 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.- MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia número 381 del 13 de noviembre de 2019, emitida por el Juzgado Doce 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, traslade a COLPENSIONES los aportes que tiene la señora LILIANA REYES MONTOYA en la cuenta de ahorro individual, junto con los respectivos rendimientos y gastos de administración.

b) ORDENAR a PORVENIR S.A a informar a la señora LILIANA REYES MONTOYA, la fecha y capital que traslada a COLPENSIONES

SEGUNDO.- MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia número 381 del 13 de noviembre de 2019, emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, la que quedará así:

a) 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 aportes que tiene la señora LILIANA REYES MONTOYA en la cuenta de ahorro individual, junto con los respectivos rendimientos y gastos de administración, actualice la historia laboral de la demandante.

b) CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en su calidad de actual administrador del régimen de prima media con prestación definida a reconocer y pagar la pensión vitalicia de vejez a la señora LILIANA REYES MONTOYA a partir del 28 de diciembre de 2016, a razón de 13 mesadas anuales, cuyo retroactivo pensional deberá ser indexado.

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 liquide el valor de la mesada pensional de la señora LILIANA REYES MONTOYA, aplicando las fórmulas dispuestas en los artículos: 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando la más favorable. Además de deberá atender los artículos 35 y 14 de la misma Ley 100, que establece la prohibición de fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente y la orden de incremento anual de la mesada pensional.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 381 del 13 de noviembre de 2019, emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Fijándose como agencias en derecho, en esta instancia, en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cancelará cada entidad demandada.

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: LILIANA REYES MONTOYA
APODERADO: DIEGO FERNANDO HOLGUIN CUELLAR
www.holguinabogados.com

DEMANDADOS:
COLPENSIONES
APODERADO: CARLOS STIVEN SILVA GONZALEZ

secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

PORVENIR S.A.
APODERADO: JAIME ALBERTO GUTIERREZ
jagutierrez@porvenir.com.co

PROTECCION S.A.
APODERADO: ROBERTO CARLOS LLAMAS MARTIENZ
roberto.llamas@llamasmartinezabogados.com.co

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 RAMÍREZ AMAYA

Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada

ANEXO:

EMPLEADOR	DESDE	HASTA	TOTAL DIAS	TOTAL SEMANAS	SEMANAS AL 29/07/05	SEMANAS AL 31 DE DICIEMBRE DE 204	folio
HOSPITAL REG. SEVILLA	03/07/1984	31/03/1985	272	38.86	38.86	38.86	13
CENTRO HOSP. JOSE RUF.	01/04/1985	16/01/1987	656	93.71	93.71	93.71	15 VTO
HOSP. CENTENARIO	10/03/1987	03/02/1988	331	47.29	47.29	47.29	15 VTO
DIRECCION DPTAL	04/02/1988	30/06/1988	148	21.14	21.14	21.14	15 VTO
DIRECCION DPTAL	01/07/1988	30/11/1989	518	74.00	74.00	74.00	15 VTO
DIRECCION DPTAL	01/12/1989	11/12/1989	11	1.57	1.57	1.57	15 VTO
DIRECCION DPTAL	12/12/1989	31/12/1989	20	2.86	2.86	2.86	15 VTO
HOSPITAL UNIVERSITARIO	01/01/1990	31/12/1990	365	52.14	52.14	52.14	15 VTO
INST. SEGURO	21/09/1992	31/12/1993	467	66.71	66.71	66.71	15 VTO
INST. SEGURO	16/02/1994	08/05/1994	82	11.71	11.71	11.71	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	07/06/1994	31/12/1994	208	29.71	29.71	29.71	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/01/1995	31/01/1995	31	4.43	4.43	4.43	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/02/1995	31/12/1995	334	47.71	47.71	47.71	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/01/1996	31/01/1996	31	4.43	4.43	4.43	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/02/1996	31/12/1996	335	47.86	47.86	47.86	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/01/1998	13/11/1998	317	45.29	45.29	45.29	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/01/1999	31/01/1999	31	4.43	4.43	4.43	15 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/02/1999	28/02/1999	28	4.00	4.00	4.00	16 VTO
HOSP. SAN JUAN DE DIOS	01/03/1999	31/03/1999	31	4.43	4.43	4.43	16 VTO
CONSORCIO PLANSALUD	01/06/2000	30/06/2000	30	4.29	4.29	4.29	16 VTO
CONSORCIO PLANSALUD	01/07/2000	31/07/2000	31	4.43	4.43	4.43	16 VTO
CONSORCIO PLANSALUD	01/12/2000	31/12/2000	31	4.43	4.43	4.43	16 VTO
CONSORCIO PLANSALUD	01/01/2001	30/04/2001	120	17.14	17.14	17.14	16 VTO
CONSORCIO PLANSALUD	01/09/2001	31/10/2001	61	8.71	8.71	8.71	16 VTO
OFIR VALENCIA	01/10/2002	31/10/2002	31	4.43	4.43	4.43	16 VTO
OFIR VALENCIA	01/12/2002	31/12/2002	31	4.43	4.43	4.43	16 VTO
OFIR VALENCIA	01/01/2003	30/06/2003	181	25.86	25.86	25.86	16 VTO
OFIR VALENCIA	01/08/2003	30/09/2003	61	8.71	8.71	8.71	16 VTO
OFIR VALENCIA	01/11/2003	31/12/2003	61	8.71	8.71	8.71	16 VTO
OFIR VALENCIA	01/01/2004	28/02/2004	59	8.43	8.43	8.43	FL. 17
SOCIEDAD NS.D.R.	01/03/2004	30/08/2004	183	26.14	26.14	26.14	FL. 17
OFIR VALENCIA	31/10/2004	31/12/2004	62	8.86	8.86	8.86	FL. 17
OFIR VALENCIA	01/01/2005	29/07/2005	210	30.00	30.00	30.00	FL. 17
OFIR VALENCIA	30/07/2005	31/12/2005	155	22.14	0.00	22.14	FL. 17
OFIR VALENCIA	01/01/2006	31/12/2006	365	52.14	0.00	52.14	FL. 17
OFIR VALENCIA	01/01/2007	31/12/2007	361	51.57	0.00	51.57	FL. 17
OFIR VALENCIA	01/01/2008	31/12/2008	360	51.43	0.00	51.43	FL. 17
OFIR VALENCIA	01/01/2009	31/07/2009	210	30.00	0.00	30.00	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/09/2009	31/12/2009	120	17.14	0.00	17.14	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2010	31/12/2010	360	51.43	0.00	51.43	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2011	31/12/2011	360	51.43	0.00	51.43	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2012	31/12/2012	360	51.43	0.00	51.43	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2013	31/12/2013	360	51.43	0.00	51.43	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2014	31/12/2014	360	51.43	0.00	51.43	FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2015	31/12/2015	360	51.43	0.00		FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2016	31/12/2016	360	51.43	0.00		FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2017	31/12/2017	360	51.43	0.00		FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2018	31/12/2018	360	51.43	0.00		FL. 18
OFIR VALENCIA	01/01/2019	30/06/2019	180	25.71	0.00		181.00
				1441.00	**766.86**	**1248.43**	