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

Acta número: 11
Audiencia número: 65

En Santiago de Cali, a los ocho (08) días del mes de abril 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 12 del 31 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por la señora LUZ AMPARO VELASQUEZ OSPINA contra COLPENSIONES, PROTECCION S.A y OLD MUTUAL S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la demandante solicita la confirmación de la providencia de primera instancia, porque no demostraron las administradoras del fondo de pensiones que administran el RAIS que a la demandante le hubiesen brindado una información clara y precisa sobre las implicaciones que conllevaba el cambio de régimen pensional.

La apoderada de SKANDI antes OLD MUTUAL, solicita la revocatoria de la providencia impugnada, afirmando que esa entidad cumplió con las formalidades de la afiliación, vinculación que fue el resultado de la voluntad libre y espontánea de la actora a quien se le brindó la información adecuada y completa a acerca de las condiciones en que opera el RAIS, habiendo realizado la demandante su elección libremente. Respecto a la orden de devolver los gastos de administración, afirma que éstos

son la comisión de administración que se cobran para la administración de aportes que ingresan a la cuenta de ahorros individual de cada afiliado y se trata de un descuento legal.

La apoderada de Colpensiones manifiesta que el traslado de régimen pensional que efectúo la actora tiene plena validez porque no se demostró vicio del consentimiento que generara la nulidad de éste, además no se puede omitir el artículo 2 de la Ley 797 de 2002, que prohíbe hacer traslado de régimen pensional cuando le falte al afiliado menos de 10 años para pensionarse, como es este caso. Además, que de decretarse la ineficacia del traslado se viola el principio de sostenibilidad financiera.

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

SENTENCIA No.62

Pretende la demandante que se declare nula y/o ineficaz la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado ante la administradora de fondo de pensiones PENSIONAR hoy OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. por el incumplimiento de los deberes legales de información. Nulidad y/o ineficacia que también debe extenderse a la vinculación que hizo al fondo de pensiones administrado por PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que la actora se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, entidad ésta de la que reclama el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del día siguiente de la última cotización, aplicando lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con el pago de los intereses moratorios.

En sustento de esas pretensiones, anuncia la actora que nació el 09 de marzo de 1961, empezó a cotizar ante el Instituto de Seguros Sociales desde el 22 de febrero de 1984 al 31 de diciembre de 1995. Habiendo suscrito formulario de afiliación con la administradora de pensiones PENSIONAR hoy OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS, en diciembre de 1995 y luego se trasladó a PROTECCION S.A. en noviembre de 2006. Sin que esas entidades le hayan informado sobre la naturaleza y características del régimen de ahorro individual con solidaridad.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES**,** al dar respuesta a la demanda a través de mandataria judicial se opone a las pretensiones porque la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual, obedeció al consentimiento espontáneo, observando la ritualidad exigida para su creación y ejecutoria. Además, la actora no cumple con los requisitos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Plantea excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de vicios en el traslado, buena fe y prescripción.

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS, al contestar la acción, se opone a las pretensiones de la demanda, porque fue la actora que en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones, optó por el régimen de ahorro individual con solidaridad, donde la entidad le brindó asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, se la asesoró acerca de las características de dicho régimen, habiéndose cumplido con todos los presupuestos de ley y el formulario de vinculación contiene su firma, por lo que establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado y por ende no está viciado el consentimiento. Formula las excepciones de fondo que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación, pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento y la innominada o genérica.

PROTECCION S.A. a través de mandataria judicial se opone a las pretensiones porque al momento de afiliarse la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad se cumplió con los requisitos vigentes en la normatividad legal, que inicialmente era el Decreto 692 de 1994 que señalaba que la constancia de la voluntad de la afiliación era el formulario con la correspondiente leyenda pre – impresa, luego la Circular 019 de 1998, reitera esa reglamentación, indicando que la constancia de la voluntad era el formulario de afiliación con la consignación de que la selección era libre y voluntaria, que, a partir del Decreto 2555 de 2010 y la Ley 1748 de 2014 se ha establecido unos criterios para la asesoría que deben brindar las administradoras de fondo de pensiones como son: la obligatoriedad de realizar proyecciones financiera cuando así se solicite, la obligatoriedad de doble asesoría para el

traslado de régimen y la remisión de extractos financieros detallados y compresibles y la Circular 016 de 2016 regula la re-asesoría frente a los afiliados que están llegando a la edad del límite decenal de retorno.

Plantea como excepciones de mérito: validez del traslado de la actora a PROTECCION S.A., ratificación de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, prescripción, compensación, buena fe y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

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

- Declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva.
- Declara la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, que lo fuera a través de OLD MUTUAL Y PROTECCION S.A.
- Condena a PROTECCION S.A. como administradora actual de los fondos pensionales de la demandante a transferir todos los recursos depositados en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos de los mismos al fondo común COLPENSIONES.
- Ordena a COLPENSIONES a recibir la PROTECCION S.A. la totalidad de los recursos que ésta le transfiera depositados en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos y contabilizados en favor de la demandante a título de semanas cotizadas.
- Condena a COLPNSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez de la actora, dentro de lo 5 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia dando aplicación a la Ley 797 de 2003, cuyo disfrute lo será a partir del retiro efectivo del régimen pensional con la cesación de las cotizaciones.
- Intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y contados de ahí los 4 meses para el reconocimiento de la pensión.

Para arribar a las anteriores conclusiones el operador judicial se apoyó en precedentes jurisprudenciales sobre la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, definiendo que la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso, no desplego la información clara, precisa y suficiente a la actora sobre el traslado de régimen pensional, lo que conlleva a atender la petición de la nulidad de la afiliación.

Igualmente, accede al reconocimiento de la pensión de vejez, bajo los presupuestos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, al no ser beneficiara del régimen de transición, acreditándose el cumplimiento de la edad de los 57 años de edad, en el 2018, cuenta además con el bono pensional como cotizaciones al régimen de prima media y en total presenta 1626.71 como lo certifica PROTECCION S.A., estando aún, cotizando a diciembre de 2019, calificándola como cotizante activa.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de COLPENSIONES, formula el recurso de alzada, buscando la revocatoria de la providencia, insistiendo que esa entidad no tiene incidencia en el traslado de régimen pensional que hizo la actora, y que lo decidiso en la sentencia afecta la sostenibilidad financiera del sistema, SU 113 de 2013, advierte la Corte Constitucional que sólo los afiliados con más de 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 pueden trasladarse en cualquier tiempo. El juzgado considera que la ineficacia es viable, el traslado de los aportes que incluye los bonos pensionales, las cuotas de administración que el A quo no ordenó transferir a COLPENSIONES, por ello solicita que se deben tener en cuenta que los recursos lo tiene PROTECCION S.A. y se desconoce el término en que dicha entidad devuelva el capital y mal haría al reconocimiento a la pensión de vejez, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria, cuando se desconoce la fecha de la transferencia de esos recursos, además se debe examinar los requisitos, por ello considera que se debe dar un término que efectivamente COLPENSIONES cuente con el monto.

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 / o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual y de ser afirmativa la respuesta, verificaremos si la actora acredita los requisitos para obtener la pensión de vejez bajo el régimen de transición y si es factible conceder plazos para el otorgamiento de esa prestación.

Encuentra la Sala que en el presente proceso no se encuentra en discusión los siguientes supuestos fácticos:

1. La fecha de nacimiento de la demandante, el 09 de marzo de 1961, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folios 23.
2. La afiliación de la demandante al Instituto de Seguros Sociales del periodo 15 de octubre de 1987 al 30 de septiembre de 1995, como se observa en la historia laboral que lleva COLPENSIONES aportada a folios 24.
3. La vinculación de la actora al fondo de pensiones obligatorias, fechado el 13 de diciembre de 1995 (fl. 188) y con PROTECCION S.A. el 20 de noviembre de 2006, como se observa con el formulario allegado a folios 235.

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 o ineficacia, frente a dicha afirmación el fondo privado demandado expuso en su defensa que, si le brindó asesoría, que para la data de la vinculación de la actora era verbal.

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.

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 actora, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, por parte de la demandante 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 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, por lo tanto, no son de recibo los argumentos de la parte pasiva, porque los precedentes citados por la parte recurrente refiere al traslado de régimen pensional y no a la ineficacia de la afiliación al RAIS, sin que se pueda concluir que hay violación al principio de sostenibilidad del sistema, porque a la administradora de régimen de prima media debe regresar las cotizaciones, rendimientos y demás como lo ordena el artículo 1746 del CC antes citado con el fin de no vulnerar el principio de la sostenibilidad del sistema que reclama la parte pasiva.

Igualmente, se atienden los argumentos expuestos por la apoderada de COLPENSIONES, en el sentido de ampliar la orden de transferir a COLPENSIONES, lo correspondiente 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.

Ahora bien, la ineficacia del traslado 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».*

PENSION DE VEJEZ

Precisamente, ante la ineficacia 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 reclama de la administradora del régimen de prima media, administrado actualmente por COLPENSIONES. Pretensión atendida en primera instancia, bajo los presupuestos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que establece:

"*Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
A partir del 1° de enero de 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad

para la mujer, y sesenta y dos (62) para el hombre
2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.
A partir del 1° de enero de 2005 el numero de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015".

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

1. Al haber nacido la demandante el 09 de marzo de 1961 (fl. 23), cumplió los 57 años de edad los cumplió el mismo día y mes del año 2018.
2. Debe demostrarse 1300 semanas cotizadas y de acuerdo con la historia laboral que lleva PROTECCION S.A. la actora tiene 392 semanas cotizadas en el régimen de prima media, 565.71 semanas cotizadas con otros fondos de RAIS y 668.57 con PROTECCION S.A. para un total de 1.626.71 (fl. 261)

Encontrándose acreditados los presupuestos establecidos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, como lo señaló el A quo.

No se puede cuantificar el valor de la mesada pensional toda vez que es necesario que una vez PROTECCION 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, PROTECCION 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 PROTECCION S.A. transfiera 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. Lo que conllevará a modificar la decisión de primera instancia.

La prestación que está a cargo de COLPENSIONES, que le reconocerá a partir del momento de la desvinculación de la actora al Sistema General de Pensiones, por cuanto la historia laboral generada el 29 de enero de 2020 (fl. 262) relaciona como último período cotizado el mes de diciembre de 2019, sin haberse determinado en el proceso hasta cuando se realizan los aportes al sistema. Por consiguiente, no está llamada a prosperar la excepción de prescripción, porque la demanda fue presentada el 17 de diciembre de 2018 (fl. 123) y no se puede precisar la última cotización.

INTERESES MORATORIOS

El A quo, condena a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, permitiendo contabilizar los 4 meses para el reconocimiento de la pensión desde la ejecutoria de este proveído. Consideración que no comparte la Sala porque esa entidad no ha reconocido la prestación porque la actora aún no ha retornado al régimen de prima media, por lo tanto, aún no hay la exigibilidad de la obligación, así lo ha expuesto 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, sobre la temática que nos ocupa, esto es, 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, atendiendo los argumentos de la parte recurrente, revocando la condena por intereses moratorios impuesta a COLPENSIONES, y en su lugar se accederá al reconocimiento de 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.

Dentro del contexto de esta providencia, se ha realizado análisis de los argumentos formulados por las partes en los alegatos de conclusión.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante. Fijándose como agencias en derecho, en esta instancia, en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

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 el numeral tercero de la sentencia número 12 emitida el 31 de enero de 2020 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta. El que quedará así:

a) ORDENAR a PROTECCION S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ AMPARO VELASQUEZ OSPINA, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración.
b) ORDENAR a PROTECCION 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 LUZ AMPARO VELASQUEZ OSPINA en la cuenta de ahorro individual, junto con los respectivos rendimientos y gastos de administración.

c) ORDENAR a PROTECCION S.A a informar a la señora LUZ AMPARO VELASQUEZ OSPINA, la fecha y capital que traslada a COLPENSIONES

SEGUNDO.- MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia número 12 emitida el 31 de enero de 2020, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta. El 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 PROTECCION S.A. le traslade los aportes que tiene la señora LUZ AMPARO VELASQUEZ OSPINA 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 LUZ AMPARO VELASQUEZ OSPINA a partir de la desafiliación de la actora al Sistema de Seguridad Social en pensiones, 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 LUZ AMPARO VELASQUEZ OSPINA, aplicando las fórmulas dispuestas en los artículos: 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, concediendo el valor de la mesada pensional que le sea más favorable de acuerdo con las anteriores disposiciones. 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.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia número 12 del 31 de enero de 2020 emitida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, absolviendo a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de intereses moratorios.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 12 emitida el 31 de enero de 2020, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

QUINTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante. Fijándose como agencias en derecho, en esta instancia, en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

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: LUZ AMPARO VELASQUEZ OSPINA
APODERADO: MANUEL LATORRE NARVAEZ
Malnz1982@hotmail.com

DEMANDADOS:
COLPENSIONES
APODERADA: GLORIA GUTIERREZ PRADO
www.aja.net.co

PROTECCION S.A.
APODERADO: ORLIN DAVID CAICEDO RODRIGUEZ
mariaezu@gmail.com

OLD MUTUAL S.A.
APODERADA: DILMA LINETH PATIÑO IPUS
linetpatino@hotmail.com

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

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA

Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada

RAD. 013-2018-00601-01