



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

Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 11

Audiencia número: 63

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 407 del 02 de diciembre de 2019 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por la señora MARIA VICTORIA GOMEZ DE OREJUELA contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

AUTO NUMERO 413

RECONOCER personería a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.144.041.976, con tarjeta profesional número 258.258 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandataria judicial de COLPENSIONES.

ACEPTAR la sustitución del mandato a favor de DANIELA VARELA BARRERA identificada con la cédula de ciudadanía número 1.144.082.440, abogada con tarjeta profesional número 324.520 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de COLPENSIONES, de conformidad con el memorial poder allegado a esta Sala de manera virtual.

La anterior decisión se notificará con la sentencia que a continuación se emitirá.

ALEGATOS DE CONCLUSION



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL**

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA VICTORIA GOMEZ DE OREJUELA
VS. COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 76-001-31-05-015-2018-00005-01

La apoderada de Colpensiones, manifiesta que el traslado de régimen pensional que efectuó 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.

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

SENTENCIA No. 60

Pretende la demandante que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que hizo del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por COLMENA CESANTIAS Y PENSIONES hoy PROTECCION S.A. Declarar que conservó los beneficios del régimen de transición y, por lo tanto, tiene derecho a que la pensión de vejez le sea otorgada con fundamento en el Decreto 758 de 1990. Condenar a COLPENSIONES a reliquidar la mesada pensional, aplicando el IBL que fue determinado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali en sentencia número 122 del 05 de mayo de 2013, la tasa de reemplazo del 90% que legalmente le corresponde, con el pago del retroactivo generado, debidamente indexado.

En sustento de esas pretensiones, aduce la actora que nació el 04 de mayo de 1954, que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales en el período del mes de febrero de 1979 a septiembre de 1999. Que en el mes de agosto de 1999 suscribió formulario de vinculación a COLMENA CESANTIAS Y PENSIONES, que implicó el traslado de régimen pensional y la pérdida de los beneficios del régimen de transición, debido a una mala asesoría, la que califica de insuficiente, porque no se le explicó de manera clara y detallada los pro y contra o las ventajas o desventajas del traslado de régimen pensional.

Que COLMENA CESANTIAS Y PENSIONES fue adquirida por el Banco Santander, creando PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER, ésta fue comprada por ING y a finales de 2012 se fusionó con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL**

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA VICTORIA GOMEZ DE OREJUELA
VS. COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 76-001-31-05-015-2018-00005-01

Que cuando la demandante se enteró del valor de la mesada pensional que recibiría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, la que resultaba inferior a la que recibiría en el régimen de prima media, procedió a tramitar en el año 2004 el traslado de régimen pensional, habiendo cotizado hasta junio de 2009, acumulando más de 1.400 semanas.

Que el Instituto de Seguros Sociales, mediante la Resolución número 100492 del 11 de febrero de 2011, le reconoció la pensión de vejez con fundamento en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, concediendo el disfrute a partir del 1 de febrero de 2011 y en cuantía inicial de \$961.784, la cual la obtuvo con un IBL de \$1.500.442 y una tasa de reemplazo del 64.1%. Contra esa decisión se interpusieron los recursos de ley, buscando el pago del retroactivo pensional causado desde el 1 de julio de 2009 al 31 de enero de 2011 junto con sus intereses moratorios y que se atendieran unas semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual.

Que el Instituto de Seguros Sociales no resolvió oportunamente los recursos, la demandante acudió a la justicia ordinaria, persiguiendo el pago del retroactivo pensional e intereses moratorios, proceso en que se emitió la sentencia de primera instancia por parte del Juzgado Doce Laboral Adjunto el 22 de marzo de 2013, condenando a COLPENSIONES como sucesora del Instituto de Seguros Sociales a pagar el retroactivo generado del 1 de enero de 2010 al 31 de enero de 2011 y las diferencias generadas del 1 de febrero de 2011 al 28 de febrero de 2013 y accedió al pago de los intereses moratorios sobre el retroactivo. Decisión que fue modificada en segunda instancia, mediante proveído del 05 de mayo de 2013, reconociendo la pensión de vejez con efectos a partir del 1 de julio de 2009, aplicando un IBL de \$1.59.004.29 y una tasa de reemplazo del 71.63%, además concede los intereses moratorios liquidados desde el 24 de octubre de 2009.

Que para el año 2014, COLPENSIONES resuelve el recurso de reposición y a través de la Resolución VPB 35911 del 21 de abril de 2015 desató el recurso de apelación, reajustando la mesada pensional en cuantía de \$1.286.908 para el año 2011, la cual se obtuvo con un IBL de \$1.429.898, y le aplicó una tasa de reemplazo del 90%.

COLPENSIONES emite el acto administrativo SUB 32674 del 2 de febrero de 2018, ordenando reajustar la mesada pensional en cumplimiento de la sentencia número 122 del 05 de mayo de 2013 emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA VICTORIA GOMEZ DE OREJUELA
VS. COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 76-001-31-05-015-2018-00005-01

Que ha solicitada las entidades demandadas la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, la que fue negada por PROTECCION S.A y COLPENSIONES no ha dado respuesta.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, al dar respuesta a la demanda a través de mandataria judicial se opone a las pretensiones. Plantea las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, innominada, buena fe y prescripción.

PROTECCION S.A. a través de apoderada judicial se opone a las pretensiones porque el traslado de la actora al RAIS se realizó con el lleno de los requisitos legales y por ende la selección del régimen la realizó de forma libre, espontánea y sin presiones. Formula las excepciones de fondo: falta de legitimación en la causa por pasiva, validez del traslado de la actora a PROTECCION S.A., 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:

- Declara no probadas las excepciones de mérito formuladas por la parte pasiva.
- Declara parcialmente probada la excepción de prescripción frente a las diferencias por retroactivo anteriores al 19 de diciembre de 2015.
- Declara la nulidad o ineficacia del traslado que hizo la actora el 01 de octubre de 1999 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrador por COLMENA hoy PROTECCION S.A. lo que trae como consecuencia que nunca perdió el régimen de transición, situación que permite pensionarse de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.
- Condena a COLPENSIONES a reliquidar la mesada pensional y seguir pagando a partir de noviembre de 2019 una mesada por valor de \$1.752.592, sin perjuicio de los incrementos decretados por el Gobierno Nacional.
- Condena a COLPENSIONES a pagar a la ejecutoria de la sentencia la indexación de cada una de las diferencias pensionales desde su causación hasta la fecha del pago efectivo.

- Autoriza a COLPENSIONES a realizar los descuentos por salud
- Advierte a COLPENSIONES que en el proceso ejecutivo que se llegare a iniciar con ocasión de esa sentencia se entren a compensar los dineros que se hayan pagado dentro de las decisiones administrativas y las decisiones del Juzgado 12 Laboral del Circuito de Cali y el Tribunal Superior de Cali.

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 a declarar que la actora es beneficiaria del régimen de transición, porque la pensión es un derecho irrenunciable, que, si bien en el proceso anterior se estudio esa prestación bajo la Ley 797 de 2003, nada impide que ahora se solicite el cambio de normatividad por la declaración de nulidad de la afiliación al RAIS. Liquidada la mesada pensional, atendiendo el IBL que determinó el Tribunal Superior en el proceso anterior, al que le aplica una tasa de reemplazo del 90%. Para la prescripción, toma 3 años anteriores a la presentación de la demanda, determinando el valor de la mesada pensional para el año 2015, liquidando el correspondiente retroactivo.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandante formula el recurso de alzada, argumentando que el A quo en la decisión afirmó que la declaratoria de nulidad del traslado no produce ninguna consecuencia jurídica, no siendo eso así, porque la jurisprudencia de la Sala Laboral ha señalado las consecuencias no sólo el traslado los ahorros, sino también la obligación de PROTECCION S.A. de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, los dineros de la pensión mínima, razón por la cual solicita la adición de la sentencia en ese preciso punto. Considera que el A quo aplicó de manera errada el término de prescripción, tomando la fecha de presentación de la demanda, cuando la demandante interrumpió esa prescripción con la reclamación administrativa presentada el 24 de octubre de 2018, por lo tanto, esa es la fecha que se debe tener en cuenta para la aplicación



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL**

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA VICTORIA GOMEZ DE OREJUELA
VS. COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 76-001-31-05-015-2018-00005-01

de la prescripción, lo que llevaría a modificar la condena impuesta a la demandada. La otra inconformidad es la exoneración de costas a PROTECCION S.A. cuando esa entidad negó lo solicitado en la reclamación administrativa y se opuso a las pretensiones de esta demanda.

COLPENSIONES. censura la declaratoria de ineficacia y que se devuelva los aportes, rendimientos, gastos de administración debidamente indexados.

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, se analizará que efectos jurídicos genera. verificaremos si la actora es beneficiaria del régimen de transición y si hay lugar a la reliquidación de la pensión de vejez que fue reconocida por COLPENSIONES. De ser afirmativa la respuesta, se analizará el valor de las diferencias pensionales, previo análisis de la excepción de prescripción y, por último, si es procedente condenar en costas a PROTECCION S.A.

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

1. La afiliación de la demandante al Instituto de Seguros Sociales del período 08 de febrero de 1979, como se observa en la Resolución GNR 27290 del 19 de junio de 2014 aportada a folios 51.
2. La vinculación de la actora al COLMENA CESANTIA Y PENSIONES el 24 de agosto de 1999, como se observa con el formulario allegado a folios 33.

3. La solicitud fechada el 28 de enero de 2004, que hizo la actora para regresar de régimen de prima media con prestación definida, la que fue atendida por COLPENSIONES, como se lee en el Resolución VPB 35911 del 2015. (fls. 56 a 60), tiempo que fue contabilizado en el reporte de semanas y que corresponde al mes de octubre de 1999 a febrero de 2004 (fl. 27 a 30)
4. El reconocimiento que hizo el Instituto de Seguros Sociales del reconocimiento de la pensión de vejez a la actora mediante la Resolución número 100492 del 11 de febrero de 2011, citada en el acto administrativo GNR 227290 del 19 de junio de 2014 (fl. 54), prestación que se otorgó ante el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, anunciando el último de los actos administrativos sobre el cambio de régimen pensional y regreso de la actora al régimen de prima media, habiendo perdido el régimen de transición porque al 01 de abril de 1994 no acreditaba 15 años de servicios cotizados.
5. Los pronunciamientos judiciales, en primera instancia emitido por el Juzgado Doce Laboral Adjunto al Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, fechado el 22 de marzo de 2013, en la que declaró que la actora tiene derecho a la pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2010. Decisión modificada en segunda instancia por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Cali, mediante la sentencia número 122 del 05 de mayo de 2013, en la que confirma el derecho a la pensión de vejez que tiene la actora, pero a partir del 01 de julio de 2009 y define el valor del IBL.(fl. 35 a 39 y 42 a 49)

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 de conformidad con la ley.

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, raditaciones 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 consumidor¹ 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 adocinado 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, dado que si existía disposiciones legales aún antes del año 1994, como lo era el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) que impone a las entidades que pertenecen a ese sistema la obligación de dar información a los potenciales cliente: *“conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”*.

Al declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, conlleva 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, se reitera que 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.

Igualmente, se deberá devolver a COLPENSIONES, 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. Lo que conllevará a modificarse la decisión de primera instancia, ordenándose a PROTECCION S.A. a transferir a COLPENSIONES, si no lo ha realizado, no solo los aportes, sino también sus rendimientos y gastos de administración, con el fin de no vulnerar el principio de sostenibilidad del sistema.

Ahora bien, la declaratoria de 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. Debe aclararse que la pensión de vejez ya fue reconocida a la actora inicialmente mediante acto administrativo



emitido por COLPENSIONES en el año 2011, y ante el reclamo de la reliquidación y pago del retroactivo pensional, inicio acción judicial la que terminó con sentencia de segunda instancia, declarando el derecho pensional a partir del 1 de julio de 2009 (fls. 35 a 49), observándose que, en esa decisión judicial, se analizó la reliquidación bajo los presupuestos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Ahora con la presente acción, persigue la actora que se le reconozca como beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que a la letra dice:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”.

Veamos entonces si la actora con la declaratoria de ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, recobró el régimen de transición, para ello revisamos el primer presupuesto, esto es, tener al 01 de abril de 1994 una edad de 35 años, y de acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía la demandante nació el 04 de marzo de 1954, por lo tanto a la calenda en que entra a regir la Ley 100, la promotora de esta acción tenía cumplidos 40 años de edad, lo que la hace en principio beneficiaria del régimen de transición que reclama.

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 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 beneficiarios de dicho régimen hasta el año 2014.

Ante la reforma constitucional, nos llevaría a verificar la cantidad de semanas cotizadas por la actora a julio de 2005, pero como quiera que ese régimen tuvo una vigencia general hasta julio



de 2010 y la sentencia de segunda instancia emitida por la Sala de Descongestión del Tribunal de Cali, determinó que el derecho pensional a la actora surge desde el 01 de julio de 2009. Por consiguiente, la actora siempre fue beneficiaria del régimen de transición y permite atender la norma anterior a la Ley 100 de 1993 para efectos de conceder la prestación económica, que lo es el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que 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. Además, el artículo 20 de la misma norma, dispone que, sobre las 500 semanas adicionales, un porcentaje por cada 50 semanas que excedan éstas, y cuando se presenten 1250 semanas de cotización o más la tasa de reemplazo es del 90%. Como quiera que la Sala de Descongestión del Tribunal de Cali, en sentencia número 122 del 05 de mayo de 2013, estableció que la actora cotizó 1418.86 semanas (fl. 48), le corresponde el 90% del ingreso base de liquidación que también fue definido judicialmente en la suma de \$1.359.004.29, por lo tanto, la primera mesada pensional para el 2009 correspondía a \$1.223.103.86.

Antes de liquidarse el retroactivo pensional es necesario analizar la excepción de prescripción, punto de censura formulada por la parte actora, dado que el A quo contabiliza el término ara aplicar este fenómeno extintivo de las obligaciones, desde la fecha de la presentación de la demanda, 19 de diciembre de 2018, se retrotrae a 3 años, concediendo, por lo tanto, el pago de las diferencias pensionales causadas a partir del 19 de diciembre de 2015. Considerando el recurrente, que omitió el operador de instancia tener en cuenta la reclamación administrativa.

Para dilucidar esta controversia, partimos de la literalidad del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social.

“Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

De otro lado, el artículo 6 del mismo código procesal laboral dispone:



“Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquier otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esa reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidos público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agosta cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta...”

La reclamación administrativa a la que hace alusión la norma citada, suple el reclamo a que hace referencia el artículo 151 del CPL y SS. Y al revisarse el plenario, a folios 81 encontramos que el 24 de octubre de 2018, se presentó ante COLPENSIONES *“la solicitud del reajuste pensional conforme al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en aplicación del Acuerdo 049 de 1990”* y de la lectura de ese documento, claramente la parte actora anuncia en los supuestos fácticos que para liquidar el valor de la mesada pensional, se aplicó una tasa de reemplazo del 71.63%, reclamando la modificación de ésta en un porcentaje del 90%. Por consiguiente, a las voces de las disposiciones legales citadas, le asiste razón a la parte recurrente, debiéndose contabilizar la prescripción desde el 24 de octubre de 2018, data en que se presentó la reclamación administrativa, lo que conllevará a modificar la providencia de primera instancia.

Para cuantificar el retroactivo pensional, se hace necesario aplicar los reajustes legales a la mesada del año 2009, como sigue:

AÑO	IPC	VALOR MESADA
2009	2.00%	\$1,223,104
2010	3.17%	\$1,247,566
2011	3.73%	\$1,287,114
2012	2.44%	\$1,335,123
2013	1.94%	\$1,367,700
2014	3.66%	\$1,394,234
2015	6.77%	\$1,445,262
2016	5.75%	\$1,543,107
2017	4.09%	\$1,631,835
2018	3.18%	\$1,698,577
2019	3.80%	\$1,752,592
2020	1.61%	\$1,819,191
2021		\$1,848,480

Ahora cuantificamos las diferencias pensionales, tomando los valores que anuncia las resoluciones emitidas por COLPENSIONES, así:

1. La número VPB 35911 del 21 de abril de 2015 (fl. 56 a 59), modifica el valor de la



mesada, reconocida en el acto administrativo GNR 227290 del 19 de junio de 2014 (fl. 54), señalando: Febrero de 2011: \$1.286.908, 2012: \$1.334.910, 2013: \$1.367.482, 2014: \$1.394.011, 2015: \$1.445.032

2. La número SUB 32674 del 02 de febrero de 2018 (fls.62 a 64), mediante la cual da cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado Doce Laboral Adjunto al Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali de fecha 22 de marzo de 2013, modificado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Descongestión Laboral de fecha 31 de mayo de 2013, definiendo que la mesada pensional para el año 2018 es de \$1.351.878. Por lo tanto, se toman los valores que indican los anteriores actos administrativos, a los que también se les aplica el reajuste legal, y extrae la diferencia, además se toma desde el 24 de octubre de 2015, en adelante, ante la excepción de prescripción, a razón de 14 mesadas anuales, como lo ordenó la sentencia número 122 del 05 de mayo de 2013, emitida por la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Cali (fl. 42 a 49) y se actualiza a marzo de 2021, como sigue:

AÑO	IPC	VALOR MESADA	VALOR CANCELADO	DIFERENCIA	MESADAS NO PRESCRITAS	VALOR ANUAL
2009	2.00%	\$1,223,104				
2010	3.17%	\$1,247,566				
2011	3.73%	\$1,287,114	\$1,286,908	\$206		
2012	2.44%	\$1,335,123	\$1,334,910	\$213		
2013	1.94%	\$1,367,700	\$1,367,481	\$219		
2014	3.66%	\$1,394,234	\$1,394,011	\$223		
2015	6.77%	\$1,445,262	\$1,445,031	\$231	3.63	\$838.75
2016	5.75%	\$1,543,107	\$1,542,860	\$247	14	\$3,453.86
2017	4.09%	\$1,631,835	\$1,631,574	\$261	14	\$3,652.46
2018	3.18%	\$1,698,577	\$1,351,878	\$346,699	14	\$4,853,791.95
2019	3.80%	\$1,752,592	\$1,394,868	\$357,724	14	\$5,008,142.54
2020	1.61%	\$1,819,191	\$1,447,873	\$371,318	14	\$5,198,451.95
2021		\$1,848,480	\$1,471,183	\$377,296	3	\$1,131,888.65
TOTAL						\$16,200,220.16

De acuerdo con las operaciones matemáticas realizadas por la Sala al demandante se le adeuda por diferencias pensionales contabilizadas desde el 24 de octubre de 2015 al 31 de marzo de 2021 la suma de \$16.200.220.16, suma inferior a la calculada por el A quo, quien omitió tener en cuenta las resoluciones VPB 35911 del 21 de abril de 2015 (fl. 56 a 59), modifica el valor de la mesada, reconocida en el acto administrativo GNR 227290 del 19 de junio de 2014 (fl. 54), y la número SUB 32674 del 02 de febrero de 2018, que señala el valor de la mesada a 2018 (fls.62 a 64), como se anuncio en líneas anteriores, Por consiguiente,



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA VICTORIA GOMEZ DE OREJUELA
VS. COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 76-001-31-05-015-2018-00005-01

ante el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se modificará la providencia de primera instancia, condenado a la demandada a pagar la suma antes anotada debidamente indexada a la fecha del pago efectivo.

Igualmente, se declarará que el valor de la mesada pensional a partir de abril de 2021 es igual a la suma de \$1.848.480, valor al que se le aplicarán anualmente los reajustes legales.

De otro lado, la Sala revocará el numeral octavo de la sentencia impugnada, dado que el A quo está advirtiendo a COLPENSIONES de proponer la excepción de compensación en el proceso ejecutivo, cuando lo que nos ocupa es un proceso ordinario y esa clase de excepciones sólo la puede alegar la parte.

COSTAS PROCESALES

En relación a la condena en costas, punto de censura por la parte actora, dado que se absolvió de éstas a la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso. La Sala parte de lo dispuesto en el Art. 365 del Código General del Proceso, aplicable por analogía dispuesta en el Art. 145 del C.P.L y S.S., el cual, dispone en su numeral 1° en lo que interesa al proceso que: *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación...”*.

De acuerdo con los hechos de la demanda, es claro que los argumentos de PROTECCION S.A. expuestos en la contestación de la demanda no resultaron viables, siempre se opuso a las pretensiones, por lo que resulta viable atender la súplica de la parte recurrente, en el sentido de no exonerarla de la condena en costas de acuerdo con la norma antes citada, lo que conlleva a modificar la providencia de primera instancia.

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA VICTORIA GOMEZ DE OREJUELA
VS. COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 76-001-31-05-015-2018-00005-01

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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 segundo de la sentencia número 407 emitida el 02 de diciembre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, para en su lugar, DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 24 de octubre de 2015.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral tercero la sentencia número 407 emitida el 02 de diciembre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, en el sentido de ORDENAR a PROTECCION S.A. a devolver los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA VICTORIA GOMEZ DE OREJUELA, como rendimientos y gastos de administración.

TERCERO.- MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia número 407 emitida el 02 de diciembre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, para en su lugar: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la ejecutoria de esta providencia a la señora MARIA VICTORIA GOMEZ DE OREJUELA la suma de \$16.200.220.16, por concepto de diferencias no prescritas causadas del 24 de octubre de 2015 al 31 de marzo de 2021.

CUARTO.- MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia número 407 emitida el 02 de diciembre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA VICTORIA GOMEZ DE OREJUELA
VS. COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 76-001-31-05-015-2018-00005-01

consulta, para en su lugar: DECLARAR que el valor de la mesada pensional a partir de abril de 2021 es igual a la suma de \$1.848.480, valor al que se le aplicarán anualmente los reajustes legales.

QUINTO.- REVOCAR el numeral octavo de la sentencia número 407 emitida el 02 de diciembre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, por las consideraciones vertidas en precedencia

SEXTO.- MODIFICAR el numeral noveno de la sentencia número 407 emitida el 02 de diciembre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, el cual quedará así: CONDENAR en costas de primera instancia a COLPENSIONES y PROTECCION S.A. fijándose como agencias en derecho a favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES la suma fija de \$2.000.000 y a PROTECCION S.A. en el equivalente a dos salario mínimos legales mensuales vigentes.

SEPTIMO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 407 emitida el 02 de diciembre de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta,

OCTAVO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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: MARIA VICTORIA GOMEZ DE OREJUELA
APODERADO: JULIAN ANDRES GOMEZ PINO
consultorespensiones@gmail.com



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA VICTORIA GOMEZ DE OREJUELA
VS. COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 76-001-31-05-015-2018-00005-01

DEMANDADOS:
COLPENSIONES
APODERADA: DANIELA VARELA BARRERA

secretariageneral@mejiasociadosabogados.com

PROTECCION S.A.
APODERADO: CAROLINA PUERTA POLANCO
mariaezu@gmail.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. 015-2018-00005-01