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

Acta número: 35
Audiencia número: 369

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 114 del 10 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por el señor JORGE SALAZAR IDROBO contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada del actor al formular alegatos de conclusión, afirma que la carga de la prueba para demostrar si el traslado de régimen pensional estuvo precedido de un consentimiento informado, corresponde a PORVENIR, como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, omisión probatoria que lleva a dar viabilidad a las pretensiones, donde el diligenciamiento del formulario no es prueba de que éste estuvo precedido de la comprensión suficiente para adoptar tal decisión,.

La apoderada de PORVENIR S.A. al formular alegatos de conclusión solicita la revocatoria de la providencia de primera instancia, dado que la entidad demandada cumplió con la obligación de dar información a la demandante en los términos y condiciones en que esa obligación

estaba establecida para la fecha del traslado de régimen pensional, el que tiene validez, suministrando información verbal a través de asesores altamente capacitados, cumpliendo con los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, además, la demandante es una persona plenamente capaz en los términos de los artículos 1502 y 1503 del CC.

Por último, la mandataria judicial de COLPENSIONES, considera que no es viable la nulidad de la afiliación que hizo el actor al RIAS, porque fue con pleno consentimiento de ésta y que no se puede desconocer la temporalidad para efectuar la mutación del cambio de régimen pensional expuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 311

Pretende el demandante que se declare la nulidad del traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, administrado por PORVENIR S.A., que se declare que esta entidad le ocasionó perjuicios morales y materiales al actor, teniendo derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, debiendo PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todo el ahorro producto de los rendimientos que se hubieren generado por los bonos pensionales, cuotas partes, rendimientos y demás emolumentos que hubiere recibido con ocasión del traslado de régimen pensional. Pide igualmente, que se ordene a COLPENSIONES a aceptar al demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

De otro lado, solicita que se declare que el actor adquirió el estatus de pensionado por vejez a partir del 05 de diciembre de 2017, solicitando el reconocimiento de esa prestación y el pago de las mesadas causadas debidamente indexadas.

En sustento de esas pretensiones, anuncia el demandante que nació el 05 de diciembre de 1955, habiendo empezado a cotizar en el régimen de prima media con prestación definida, a través del Hospital Universitario del Valle "Evaristo García" en el año 1982. Que en el año 1997 se trasladó al fondo de pensiones administrado por PORVENIR S.A. habiéndosele informado que, al trasladarse al fondo privado, se pensionaría con menos edad y la pensión sería por mayor valor que la que le otorgaría el Seguro Social por los rendimientos en la cuenta de ahorros, además se le informó que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y sólo quedarían los fondos privados. Que dejo de cotizar en mayo de 2016 y a partir del mes de enero de 2019 volvió a cotizar. Que al hacérsele la proyección pensional encuentra que la mesada que le ofrece PORVENIR es reducida en relación con la que obtendría en el régimen de prima media.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES a través de mandataria judicial da respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones, argumentando que PORVENIR S.A. siempre suministra toda la información y asesoría completa y necesaria a sus clientes, sin que de ningún modo se les instruya para engañar, omitir información o violar la ley como pretende insinuar el demandante. Formula las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento del traslado, buena fe de la entidad demandada y prescripción.

De otra parte, PORVENIR S.A. por medio de apoderada judicial da respuesta, oponiéndose igualmente al petitum demandatorio por cuanto no se ha demostrado causal de nulidad que invalide la afiliación voluntaria que hizo el actor al régimen de ahorro individual, habiendo cumplido la demandada con el deber de información que ahora echa de menos. Formula las excepciones de mérito que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

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

- Declaró no probadas las excepciones propuestas.
- Declara la ineficacia del traslado del actor del régimen de prima media con prestación definida, gestionado hoy por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.
- En consecuencia, de lo anterior, el actor debe ser admitido en el régimen de prima media con prestación definida, gestionado por COLPENSIONES sin continuidad y sin cargos adicionales al afiliado.
- Ordena a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, al tenor de lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado.
- Ordena a COLPENSIONES que cargue a la historia laboral del actor los aportes realizados por éste a PORVENIR S.A., una vez sean devueltos.
- Condena a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante, a partir del 01 de febrero de 2020, siempre y cuando hubiere presentado retiro del sistema general de pensiones, al 31 de enero de 2020.
- Ordena a COLPENSIONES que incluya en nómina de pensionados al demandante
- Condena a COLPENSONES a pagar al demandante la suma de $16.501.186 por concepto de mesadas pensionales de vejez, causadas desde el 01 de febrero hasta el 31 de marzo de 2020, siempre y cuando hubiere presentado retiro del sistema general de pensiones al 31 de enero de 2020.
- Autoriza a COLPENSIONES a descontar de las mesadas ordinarias adeudadas, la suma correspondiente por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud.

Para arribar a la anterior conclusión, la operadora 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 desplegó la información clara, precisa y suficiente al actor sobre el traslado de régimen pensional, lo que conlleva a atender la petición de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

En cuanto a la pretensión de la pensión de vejez, determinó la A quo que el actor 05 de diciembre de 2017 cumplió la edad de 62 años, de acuerdo con el registro civil de nacimiento acompañado con la demanda, por consiguiente, cumple con los requisitos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, porque con la historia laboral allegada, acredita más de 1603 semanas cotizadas al mes de enero de 2020. Y Por ello concede el derecho pensional a partir del 01 de febrero de 2020. Para liquidar el IBL lo extrae con el promedio de los últimos 10 años cotizados, al ser esta la fórmula más favorable, tasa de reemplazo de 58.54% más una adicional del 9% por la cantidad de semanas cotizadas, quedando una mesada pensional para el año 2020 por valor de $8.250.593. Sin que haya operado el fenómeno prescriptivo.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de PORVENIR S.A, solicitando la revocatoria de la providencia impugnada, teniendo en cuenta que el actor ha reclamado la nulidad de la afiliación al RAIS, sin que hubiese demostrado en el plenario que su voluntad estuviera viciada, lo que si obra en el expediente es la prueba documental que da fe de la suscripción del formulario de vinculación, lo que lo hizo de manera libre y voluntaria de acuerdo con las disposiciones legales que regían para el año 1997, que sólo exigía el diligenciamiento de ese formulario. Por lo tanto, se cumplieron los parámetros legales de la afiliación, la que resulta válida y así ha permanecido en el tiempo, lo que conllevan a entender subsanado cualquier causa de nulidad. Además, esta clase de acción se encuentra prescrita.

Igualmente, la apoderada de COLPENSIONES, censura la sentencia de primera instancia, señalando, que el actor está inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, esto es, trasladarse de régimen pensional cuando le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, porque cuando presentó la demanda ya tenía 63 años de edad. Además, hay inexistencia de vicios del consentimiento al momento de la afiliación del actor al RAIS. Frente al tema pensional, aduce que esa entidad no puede atender esa prestación porque no esta legitimada porque el actor esta válidamente vinculado ante PORVENIR S.A. Aduce, que en caso de que la sentencia sea confirmada, solicita se tenga en cuenta precedentes jurisprudenciales donde se manifiesta que cuando se declare la nulidad

del traslado hay lugar a reintegrar la totalidad de lo aportado, rendimientos, entre otros gastos de administración.

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 aportes que se encuentren dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante con sus respectivos rendimientos causados y de ser afirmativa la respuesta, se determinará si esa acción esta prescrita. Además, se definirá sí el actor acredita los requisitos para obtener la pensión de vejez, su cuantía, previo análisis de la excepción de prescripción.

Entra la Sala a resolver el primer problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo el actor 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.

Dentro del material probatorio, se encuentra aportado el formulario de afiliación que suscribió por el demandante a PORVENIR S.A. fechado el 12 de diciembre de 1997 como se observa a folios 43, repetido a folios 281 a 283, y que había estado vinculado con el ISS, como se aprecia con la copia de la historia laboral allegada de folios 229 y s.s.

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 de 1993). 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 Constitución Política 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.

Ante el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, se modificará la providencia de primera instancia, y se ordenará a la administradoras de pensiones PORVENIR S.A. 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».*

Al aplicar las consecuencias que genera la nulidad de traslado, conllevará a que COLPENSIONES reciba nuevamente al actor en el régimen de prima media con prestación definida como lo ordenó la A quo.

Igualmente, se censura la sentencia con fundamentos que no son atendibles, porque si bien el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 dispone como se anunció en esta providencia, que no se puede hacer traslado entre regímenes pensionales cuando al afiliado le falten 10 años o menos para cumplir los requisitos para la pensión, en este caso, la acción incoada no era el traslado en sí, porque la acción que no ocupa es la de nulidad o ineficacia de ese acto de traslado y al declarase así, conlleva a que el estado de cosas retorne 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. Como 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.

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 el 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, considerando que es beneficiario 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 beneficiario 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 el demandante el 09 de diciembre de 1955 , encuentra la Sala que al momento de entrar en aplicación el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, éste tenía 38 años de edad cumplidos, por lo tanto en principio acredita uno de los requisitos exigidos en la norma en comento para ser beneficiario del régimen de transición y con ello analizar los presupuestos para la pensión de vejez con la norma anterior a la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, debe aclararse que la vigencia del régimen de transición, consagrado en el referido artículo 36 de la Ley 100 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 diciembre de 2014.

Veamos si en el caso que nos ocupa se cumplen con esos requisitos: En cuanto a la edad de 60 años: presupuesto que se acredita el 09 de diciembre de 2015. Al haber nacido el demandante el mismo día y mes del año 1955 (fl. 25), por lo tanto, no cumplió ese requisito antes del 31 de diciembre de 2014, no habiendo conservado el régimen de transición, de conformidad con la reforma constitucional antes citada, por lo tanto, el derecho pensional que se reclama se analizará bajo los presupuestos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que textualmente establece:

> *"Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el 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 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

***PARÁGRAFO 1o.** Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:*

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

***PARÁGRAFO 2o.** Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada período".*

Al tenor de la norma citada el actor debe acreditar una edad de 62 años y más de 1300 semanas cotizadas. Requisitos que en efecto se han cumplido, porque esa edad la adquirió el 09 de diciembre de 2017 y el tiempo cotizado se acredita con la historia laboral que allegó PORVENIR S.A., que informa que el actor ha cotizado un total de 1565 semanas, de las cuales

803 corresponden a aportes ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y 762 ante esa entidad, documento éste visible a folios 45. Igualmente, se observa en la historia laboral (fl. 54), que el demandante cotizó hasta el mes de marzo de 2016, elevó petición del regreso a prima media el 11 de octubre de 2018 (fl. 35) y volvió a cotizar los meses de enero a abril de 2019, que corresponden a 16 semanas, cuando ya tenía más de las 1300 semanas cotizadas, por lo tanto, se genera el derecho pensional a partir del 09 de diciembre de 2017. Sin embargo, la A quo concede esta prestación a partir del 01 de febrero de 2020 y condicionada al retiro del sistema pensional, consideración que no fue censurada por la parte actora.

La A quo para realizar la cuantificación del valor de la mesada pensional, se basó en la historia laboral que lleva PORVENIR S.A. e hizo la liquidación del IBL considerando que la fórmula más favorable era el promedio de los últimos 10 años cotizados. 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 y gastos de administración a COLPENSIONES, la administradora del régimen de prima media, actualice la historia laboral, como lo ordenó la A quo y 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 el actor 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 aportes, rendimientos y gastos de administración, debiendo además la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso, informar al 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.

En cuanto a la excepción de prescripción, está llamada a no prosperar porque el derecho fue concedido a partir del mes de febrero de 2020, y la demanda fue presentada antes de esa data.

La prestación que está a cargo de COLPENSIONES, que le reconocerá de manera retroactiva en los términos referidos por la juzgadora de primera instancia, esto es, "*a partir del mes de febrero de 2020 siempre y cuando hubiere presentado retiro del sistema general de pensiones*". Retroactivo que será cancelado de manera indexada, como lo ordenó la A quo y de éste, salvo lo que corresponde a mesadas adicionales, se harán los descuentos por aportes en salud, como lo dispuso la operadora de primera instancia.

Dentro del contexto de esta providencia, se analizaron los argumentos presentados por los apoderados de las partes en los alegatos de conclusión.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. fijándose como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales que cada una cancelará al promotor del proceso

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 los numerales cuarto y quinto de la sentencia número 114 emitida el 10 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, en el siguiente sentido:

a) ORDENAR 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 el señor JORGE SALAZAR IDROBO en la cuenta de ahorro individual, junto con los respectivos rendimientos, gastos de administración, bono pensional en caso de haberse redimido.

b) ORDENAR a PORVENIR S.A a informar al señor JORGE SALAZAR IDROBO, la fecha y capital que traslada a COLPENSIONES.

c) ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES, en su calidad de actual administrador del régimen de prima media con prestación definida, para que en el término de un mes, contado a partir de la fecha en que PORVENIR S.A le traslade los aportes que tiene el señor JORGE SALAZAR IDROBO en la cuenta de ahorro individual, junto con los respectivos rendimientos y gastos de administración, bono pensional en caso de haberse redimido, actualice la historia laboral del demandante.

SEGUNDO.- MODIFICAR el numeral octavo de la sentencia número 114 emitida el 10 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado NOVENO Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, el cual quedará así:

a) CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor del señor JORGE SALAZAR IDROBO, a partir del 01 de febrero de 2020, siempre y cuando acredite la desafiliación al sistema de seguridad social en pensiones, en caso contrario, la prestación se disfrutará desde que se haga el retiro a ese sistema de seguridad social.
b) 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 del señor JORGE SALAZAR IDROBO, 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. Sumas que se deberán cancelar debidamente indexada a la fecha del pago efectivo del retroactivo pensional generado.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 114 emitida el 10 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. fijándose como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales que cada una cancelará al promotor del proceso

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: JORGE SALAZAR IDROBO
APODERADA: RUTH MERY MOSQUERA MOSQUERA
Correo electrónico:
mrabogadosasociados23@hotmail.com

DEMANDADOS:
COLPENSIONES
APODERADA: LINA PAOLA GAVIRIA PEREA
Correo electrónico:
www.worldlegalcorp.com

PORVENIR S.A.
APODERADA. GABRIELA RESTREPO CAICEDO
Correo electrónico:
www.godoycordoba.com

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

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA

Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. 009-2019-00608-01