



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 37

Audiencia número: 407

En Santiago de Cali, a los catorce (14) días del mes de octubre 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 propuesto contra la sentencia número 130 del 28 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por ALVARO FIGUEROA CABRERA contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.

AUTO NUMERO: 1194

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 WENDY VIVIANA GONZALEZ MENESES, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.113.666.182, abogada con tarjeta profesional número 309.671 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 queda notificada con la sentencia que a continuación se emitirá.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de COLPENSIONES considera que la actora está válidamente afiliada en el régimen de ahorro individual, dado que el traslado fue un acto libre de ella, ratificado con la suscripción de formulario de vinculación. Solicitando la revocatoria de la providencia, máxime que esa entidad no tuvo injerencia en la decisión voluntaria de la actora de mutar de régimen pensional.

De otro lado, la mandataria judicial de PORVENIR considera que debe ser revocada la sentencia de primera instancia, porque para la época cuando el actor se afilia a esa administradora de pensiones, se cumplió con la obligación de dar información a la demandante en los términos que tenía la ley en ese entonces, es decir, se le brindó asesoría de manera verbal y el actor firmó el formulario de vinculación, sin que estuviera obligada a realizar proyecciones pensionales escritas. Además, que la consecuencia jurídica al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, es entender que el vínculo nunca existió, por lo tanto, el actor no estuvo afiliado al RAIS, nunca ingresaron aportes a la cuenta de ahorro individual y de esta manera es imposible transferir rendimiento, los que sólo se han generado dada la buena gestión de realizada por esa entidad demandada. Argumento igualmente sirve para declarar improcedente la devolución de los gastos de administración.

Considera el apoderado de PROTECCION S.A. que los gastos de administración son aquellos que cobran las administradoras de fondo de pensiones por administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados y operan para ambos regímenes pensionales. Donde la demandada ha administrado los aportes del actor con la mayor diligencia y cuidado por cuanto es una entidad financiera. Reiterando la improcedencia de la devolución de los gastos de administración, porque son comisiones ya causadas y si la consecuencia de la ineficacia o nulidad del traslado es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido, se debe entender que el contrato de



afiliación nunca existió y por lo tanto, esa administradora de pensiones nunca debía haber administrado la cuenta de ahorro individual del actor. Razón por la cual, solicita la revocatoria de la providencia de primera instancia, porque además al actor si se le brindó la información necesaria para que hiciera una elección libre.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 334

Pretende el demandante que se declare la nulidad absoluta del traslado del régimen de prima media con prestación definida efectuada a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y con la sociedad Administradora de fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. la cual estuvo mediada de error y como consecuencia de ellos, se ordene el retorno a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida. Que se ordene a Protección S.A. que una vez ejecutoriada la sentencia se sirva trasladar los aportes efectuados por el demandante junto con sus respectivos rendimientos a Colpensiones, asumiendo las diferencias a que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencia entre regímenes. Además, solicita que Colpensiones le reconozca la pensión de vejez a partir de la solicitud, esto es, desde el 25 de agosto de 2017, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, con el reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES da respuesta a través de mandataria judicial, oponiéndose a las pretensiones, porque para la fecha en que el actor hizo cambio de régimen pensional, esa entidad no había entrado en operación y que, en todo caso, de la documental que adjunta se evidencia que el antiguo Instituto de Seguros Sociales nada tuvo que ver con el proceso de afiliación y asesoría que se le brindó a la parte actora respecto a los fondos privados. Además, que la Ley 100 de 1993, dispone que los afiliados escogen libremente el régimen



pensional y está prohibido hacer traslado cuando al afiliado le falten menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Igualmente, expresa que se opone al reconocimiento de la pensión de vejez, porque el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y perdió el régimen de transición porque no tenía 15 años de servicios cotizados al 01 de abril de 1994. Formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido e innominada.

PROTECCION S.A. igualmente da respuesta a la demanda, por medio de apoderado judicial, oponiéndose a las pretensiones, señalado que el actor se vinculó con ING hoy PROTECCION S.A., entidad que ha actuado de manera profesional, transparente y prudente y fue el demandante quien decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, el traslado de régimen pensional, habiendo permanecido en el RAIS por más de 18 años, sin haber hecho uso de la facultad de retracto. Además, que el demandante está a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, por lo tanto, está inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no siendo procedente el traslado de régimen pensional que reclama. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: validez de la afiliación a COLMENA hoy PROTECCION S.A., la que luego hizo a PORVENIR S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ratificación de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. fue notificado por medio de Curador Ad Litem, habiéndose practicado las notificaciones de ley, y quien al dar respuesta expresa que las peticiones solicitadas por el demandante sean el resultado de lo probado en el proceso.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

1. Declara no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.
2. Declara la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad



administrado por PROTECCION S.A. realizado por el actor el 01 de abril de 2000 y su posterior traslado a PORVENIR S.A. En consecuencia, declara que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

3. Ordena a PORVENIR S.A a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que hubiere causado, como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13 literal g) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones del demandante.

4. Ordena a PROTECCION S.A. en caso de no haberlo hecho, a devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13 literal g) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones del demandante.

5. Declara que el demandante tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez, con base en el artículo 9 de la ley 797 de 2003, a partir del 01 de junio de 2020, en cuantía de \$9.149.577.

6. Condena a COLPENSIONES a pagar al demandante el retroactivo pensional causado a junio de 2020, a razón de 13 mesadas anuales.

Para arribar a la anterior conclusión, la A quo consideró que había lugar a declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de régimen de ahorro individual al no haber desplegado las administradoras de pensiones que administran el RAIS, convocadas al proceso, la acreditación de haber brindado al actor una información completa, comprensible sobre las características de cada régimen pensional, de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales que cita. En relación con la pensión de vejez, al haberse realizado el traslado del actor al régimen de prima media, encontrando que el actor reúne los requisitos para el reconocimiento de esa prestación, porque el actor nació el 25 de agosto de 1955, por consiguiente, al 01 de abril de 1994 cuando entra a regir la Ley 100 de 1993, tenía 38 años de edad y tampoco para esa calenda contaba con 15 años de servicios, razón por la cual no es beneficiario del régimen de transición, por lo tanto, el régimen pensional aplicable es el



contenido en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Encontrando que la historia laboral remitida por PORVENIR S.A., tiene 1992 semanas cotizada al régimen pensional, observándose que la última cotización fue realizada en mayo de 2020 y la edad de 62 años la cumplió el 25 de agosto de 2017. Cumpliéndose así con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, a partir del 01 de junio de 2020. Efectuando la liquidación del IBL y aplica una tasa de reemplazo 80%. No se accede a los intereses moratorios porque no hay moratoria, máxime que hace dos meses anteriores a ese pronunciamiento judicial se dejó de cotizar.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada del actor formula el recurso de apelación, persiguiendo la modificación de esa providencia, en el sentido de conceder la pensión de vejez desde el cumplimiento de la edad, esto es, 25 de agosto de 2017 o en su defecto, desde la reclamación y no desde el 01 de junio, modificándose así el retroactivo pensional.

La mandataria de COLPENSIONES, formula la alzada, argumentando que la selección del régimen pensional es libre y voluntaria, pudiéndose trasladar por una vez, pero antes de faltarle más de 10 años para pensionarse, razón por la cual se oponen al traslado del actor, porque dentro del proceso de demostró vicios del consentimiento que llevasen a declarar la nulidad y se viola el principio de sostenibilidad del sistema. Igualmente se opone al reconocimiento de la pensión de vejez, porque COLPENSIONES no está legitimada para otorgar esa prestación, porque el solicitante no demuestra afiliación al RAIS, y sería la administradora del RAIS donde está vinculado el actor a quien compete el reconocimiento de la pensión.

PROTECCION S.A. a través de apoderada judicial, solicita la revocatoria de la providencia, argumentando que la comisión o gastos de administración, es un descuento legal y por lo tanto, no es procedente su devolución, dado que esa entidad ha realizado una diligencia con cuidado que generó rendimientos y se trata de gastos ya causados. Además, si la causa de la ineficacia es que las cosas regresen a su estado anterior, por lo tanto, nunca se debió cobrar esos gastos de administración.



De otro lado, la mandataria judicial de PORVENIR S.A. igualmente solicita la revocatoria de la providencia impugnada, considerando que no procede la ineficacia del traslado porque no demostró vicios de consentimiento al momento de afiliarse a esa entidad. Censura que se de la orden de transferir los gastos de administración que son creados por ley y han cumplido su finalidad.

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

De acuerdo con los argumentos expuestos por las apoderadas de las partes y ante el grado jurisdiccional de consulta, corresponderá a la Sala establecer: si hay lugar a declarar la ineficacia o 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 de la demandante con sus respectivos rendimientos causados, gastos de administración y de ser afirmativa la respuesta, se determinará si el actor acredita los requisitos para obtener la pensión de vejez, en el régimen de prima media, definiendo desde cuando surge el reconocimiento de esa prestación.

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 el actor con la administradora PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER el 01 de abril de 2000 (fl. 129), igualmente, se allegó formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. fechado el



24 de septiembre de 2009, en el que se indica además que proviene de la administradora ING. Además, hace parte del material probatorio la historia laboral que lleva PORVENIR S.A. donde indica que el actor tiene 964 semanas cotizadas con COLPENSIONES, 484 con otras administradoras de pensiones y 428 semanas cotizadas con PORVENIR S.A.

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 de los formularios, diligenciados por el demandante, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, por parte del actor 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, omitieron las administradora del RAIS convocadas al proceso el deber de acreditar que al actor le brindaron 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 las administradoras del RAIS de transferir los valores correspondientes a las cotizaciones, y rendimientos financieros que pertenecen a la cuenta del demandante a la administradora del régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES, por cuanto al declararse la ineficacia de la afiliación, conlleva el resarcimiento, debiéndose aplicar el artículo 1746 del CC que ordena que en ese resarcimiento se debe incluir los frutos, razón por la cual, al tratarse de la devolución de dinero, éste se debe transferir con sus correspondientes rendimientos. Tal como lo ha interpretado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31989 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL 4964 de 2018.

Se debe mantener la decisión del A quo, que ordena a las administradoras de pensiones demandadas a devolver, además, las sumas que corresponde a gastos de administración. Si bien, es necesario aclarar que esta Sala cambia el criterio expuesto en providencias anteriores, por cuanto consideró que éstos eran ordenados por la Ley y nos apoyamos en precedentes jurisprudenciales, tales como la C-789 y C 1024 de 2004, además, SU- 062 de 2010, que refieren al requisito de equivalencia del ahorro, atendiendo que no se destina el mismo porcentaje para los gastos de administración como lo prevé el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. Pero esta Sala acogiendo las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expuestas en la SL 1421 y 4360 de 2019, ésta última que corresponde al fallo de instancia, emitido por esa corporación, donde preciso:

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

“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargos a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz,



estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 4964 de 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1688 de 2019)

Por consiguiente, atendiendo las enseñanzas de nuestro órgano de cierre, esta Sala cambia el criterio expuesto anteriormente, por cuanto la no devolución de los gastos de administración sólo opera para la acción en que se persigue el traslado y no la nulidad o ineficacia de éste. Lo que conllevará a mantenerse la decisión de primera instancia.

Igualmente, resalta la Sala que si bien, el demandante tuvo varias afiliaciones en el RAIS, la nulidad ocasionada al momento del traslado de régimen no convalida con los sucesivos traslados de fondos, estando en el interior del mismo régimen o su permanencia en éste por un periodo considerable.

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.

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 el demandante 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 25 de agosto de 1955, como se lee en la copia de la cédula de ciudadanía incorporada a folios 22, encuentra la Sala que al momento de entrar en aplicación el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ésta tenía 38 años de edad cumplidos, y al 01 de abril de 1994, no tenía por lo los 15 años de servicios, porque de acuerdo con la historia laboral de COLPENSIONES (fl. 24) al año 2000 tiene 1008.57 semanas y haciendo el corte a la data en que entra a regir la Ley 100 de 1993, encontramos que sólo acredita 692.57 de acuerdo con la siguiente relación:

RAZON SOCIAL	SEMANAS
PROD. DE HIERRO ARCE	51,57
PROD. DE HIERRO ARCE	46,57
RUIZ ROJAS HERNANDO	1,86
COLOMBIANA DE MOLDEA	169,71
COLOMBIANA DE MOLDEA	68
ROY ALPHA S.A.	250,86
UNIVERSIDAD JAVERIANA	104
TOTAL SEMANAS AL 01 DE ABRIL DE 1994	692,57

Los 15 años que se exige para tener el beneficio del régimen de transición equivale a 771 semanas, que no se acreditan, razón por la cual, el demandante no fue beneficiario del régimen de transición, como acertadamente lo concluyó la operadora judicial de primer grado.

Establece el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como requisitos para adquirir la pensión de vejez, los siguientes, que revisaremos, si se acreditan en el plenario:



1. Edad de 62 años para los hombres: presupuesto que se da el 25 de agosto de 2017. Al haber nacido el actor el mismo día y mes del año 1955 (fl. 22)
2. Acreditar un mínimo de 1300 semanas cotizadas. Requisito que igualmente se encuentra satisfecho y probado con la historia laboral que aportó PORVENIR S.A. (fl. 32), que indica un total de 1876 semanas cotizadas, de las cuales 964 corresponden a las aportadas ante el régimen de prima media.

Encontrando así la Sala que le asiste el derecho al actor del reconocimiento de la pensión de vejez, a cargo de COLPENSIONES, ante la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

El punto de controversia, gira en determinar desde cuando se disfrutará la pensión de vejez, dado que para la A quo, se toma desde la última afiliación, mientras la parte actora en los argumentos presentados, aduce que ese reconocimiento debe ser desde el cumplimiento de la edad o desde que se hizo la reclamación administrativa.

Para dar respuesta a esa controversia, recordamos que si bien la pensión de vejez se causa cuando se reúnen los requisitos de edad y densidad de semanas, para su disfrute, en caso de trabajadores de empresas privadas, se requiere la desafiliación definitiva del sistema, ya que sólo a partir de dicho hecho, el asegurado comienza a recibir la prestación, de conformidad con lo previsto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que establecen:

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

Del mismo modo nuestro órgano de cierre en Sentencia del 15 de mayo de 2012, Rad. 37798, en donde trajo a colación lo expuesto en la sentencia con Rad. 38558, en las cuales se resaltan que la causación y disfrute de la pensión, resultan ser dos figuras que no deben



confundirse, pues la primera se configura cuando se reúnen los requisitos establecidos en la Ley para acceder a ella; y la segunda, parte de la base del cumplimiento de la primera y opera cuando se solicita el reconocimiento de la pensión ante la administradora de pensiones, previa desafiliación de los seguros de IVM, caso en el cual se otorgaría tal prestación y el beneficiario entraría a gozar de ella.

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

“Si bien la sala sigue considerando como regla general que para que el trabajador pueda entrar a disfrutar de la pensión de conformidad con los artículos 13 y 35 de Acuerdo 49 de 1990, debe estar desvinculado del sistema, existen situaciones específicas, como quedó dicho, que ameritan reflexiones particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia, sin que ello comporte una “transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica”, tal como se indicó en Sentencia CSJ SL5603-2016”

(...)

“Visto lo anterior, resulta claro que en cada caso particular le corresponde al juzgador analizar si se presentan condiciones especiales que rodeen la causación del derecho pensional, a fin de determinar si el asunto se debe resolverse conforme a la regla general, o si amerita análisis especial, siempre en búsqueda de que la norma produzca un efecto más benéfico al trabajador en los términos de los artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.”

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

Descendiendo nuevamente al caso en estudio, es claro que la causación de la pensión fue el 25 de agosto de 2017, dada en que el actor ya tenía más de 1300 semanas cotizadas y 62 años de edad. Pero continuó cotizando, como se observa en la historia laboral de



PORVENIR S.A. (FL. 42), observándose que la última cotización corresponde a febrero de 2018 y en respuesta a oficio que libró el juzgado de conocimiento, PORVENIR S.A. informa que el actor cotizó hasta mayo de 2020 (expediente digital)

Además, encontramos a folios 44, que el actor al 21 de marzo de 2018, presentó la reclamación a COLPENSIONES de la prestación por vejez, razón por la cual, se accederá a lo pretendido por la parte actora, es decir, se reconocerá el derecho pensional a partir del 21 de marzo de 2018, porque corresponde a la fecha en que el actor indica el interés de adquirir el derecho pensional, data para la cual ya tenía reunidos los requisitos legales para la causación de la prestación, como se analizó en líneas anteriores. Por consiguiente, se modificará la providencia de primera instancia,

La A quo realizó la cuantificación del valor de la mesada pensional, tomando desde mayo de 2020 hacia atrás para determinar el IBL y la tasa de reemplazo, pero como quiera que el derecho pensional se reconoce desde el 21 de marzo de 2018, conllevarán a modificar la liquidación. No pudiendo la Sala hacer esas operaciones matemáticas, toda vez que es necesario que una vez PORVENIR S.A y PROTECCION S.A. trasladen todas los aportes con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración a COLPENSIONES, y que 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 realizado 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 impuesta a las administradoras de los regímenes pensionales, es necesario, establecer un término para su cumplimiento, por lo tanto,



PORVENIR S.A, y PROTECCION S.A. deberán 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 esas administradoras del RAIS transfieran los aportes, rendimientos y gastos de administración, debiendo además las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas 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, tenemos que el derecho pensional se reconoce desde el 21 de marzo de 2018 y la presente demanda fue presentada el 19 de junio de esa anualidad (fl. 21), por lo tanto, entre una y otra data no transcurrió el trienio de que trata el artículo 151 el CPL y SS, que conllevan a declarar no probada la excepción de prescripción.

La prestación que está a cargo de COLPENSIONES, que le reconocerá de manera retroactiva a partir del 21 de marzo de 2018, a razón de 13 mesadas anuales y ese retroactivo será cancelado de manera indexada y de éste, salvo lo que corresponde a mesadas adicionales, se harán los descuentos por aportes en salud, lo que conllevarán a modificar la sentencia de primera instancia.

INTERESES MORATORIOS

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, consagra los intereses moratorios que se causan por el retardo en el pago de las mesadas pensionales, otorgando igualmente un plazo para el reconocimiento de la prestación, que, tratándose de vejez, este es de 04 meses como lo contempla el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.



Se ha establecido que la prestación de vejez está a cargo de COLPENSIONES, los intereses moratorios son una petición accesoria a la principal, razón por la cual es a esa entidad a la que le toca asumirlos, pero una vez vencidos los plazos que se otorgan para que las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas, cumplan con la obligación de transferir al régimen de prima media los aportes, rendimientos y demás antes señalados y que COLPENSIONES actualice la historia laboral, liquide de conformidad con esa historia laboral el valor de la mesada pensional, por consiguiente, no se condenará a la demandada por ese concepto, sino que COLPENSIONES reconocerá el retroactivo pensional indexado.

En cuanto a la inconformidad expuesta por el mandatario judicial de PORVENIR S.A. sobre condena en costas, se tiene en cuenta que el artículo 365 del Código General del Proceso, norma aplicable por remisión que permite el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y Seguridad Social, que dispone la condena por dicho concepto a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, lo que descarta cualquier otro miramiento, referente a la buena o mala fe de las partes. Y al revisarse el plenario, los argumentos expuestos en la contestación de la demanda no fueron atendidos, lo que conlleva a concluir que esa entidad salió vencida en el proceso, por lo tanto, se mantendrá la decisión de la condena en costas de primera instancia.

Dentro del contexto de esta providencia se ha analizado los argumentos presentados ante esta instancia por los apoderados de las partes

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

DECISIÓN

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



RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral quinto y revocar el numeral sexto y adicionar la sentencia número 130 del 28 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, quedando de la siguiente manera:

- a) DECLARAR que el señor ALVARO FIGUEROA CABRERA tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, le reconozca y pague la pensión de vejez, con base en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 21 de marzo de 2018, a razón de 13 mesadas anuales y ese retroactivo será cancelado de manera indexada, y de éste, salvo lo que corresponde a mesadas adicionales, se harán los descuentos por aportes en salud.
- b) CONDENAR a PROTECCION S.A. y a PORVENIR S.A, para que en el término de un mes, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, trasladen a COLPENSIONES los aportes que tiene el señor ALVARO FIGUEROA CABRERA en la cuenta de ahorro individual, junto con los respectivos rendimientos y gastos de administración.
- c) ORDENAR a PROTECCION S.A y PORVENIR S.A. a informar al señor ALVARO FIGUEROA CABRERA, la fecha y capital que trasladan a COLPENSIONES.
- d) 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 y PORVENIR S.A. le trasladen los aportes que tiene el señor ALVARO FIGUEROA CABRERA en la cuenta de ahorro individual, junto con los respectivos rendimientos y gastos de administración, actualice la historia laboral del demandante.



- e) 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 ALVARO FIGUEROA CABRERA, aplicando las fórmulas dispuestas en los artículos: 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, atendiendo la más favorable.
- f) ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES del reconocimiento de intereses moratorios.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 130 emitida el 28 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

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

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado

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

DEMANDANTE: ALVARO FIGUEROA CABRERA

APODERADA: JULIANA ESPINOSA MARIN

Correo electrónico:

CAO.ABOGADO@HOTMAIL.COM

DEMANDADO. COLPENSIONES

APODERADA: WENDY VIVIANA GONZALEZ MENESES

Correo electrónico:



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
ALVARO FIGUEROA CABRERA
VS. COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 76001-31-05-001-2018-00322-01

secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

DEMANDADO: PROTECCION S.A.
APODERADA: JULIANA CASTRILLON BERMUEZ
Correo electrónico:
roberto.llamas@llamasmartinezabogados.com.co

DEMANDADO: PORVENIR S.A.
APODERADA: DANIELA CUENCA NARVAEZ
Correo electrónico: notificacionesjudiciales@porvenir.com.co

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

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada
Rad. 001-2018-00322-01
(en uso de permiso)