



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

Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 39

Audiencia número: 439

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) 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 y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 243 del 29 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por el señor FERNEY DE JESUS CARDONA contra COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Quien representa judicialmente a PORVENIR S.A., presentó ante esta instancia alegatos de conclusión, solicitando la revocatoria del proveído censurado, dado que no se acreditaron los vicios del consentimiento al momento de hacerse el traslado de régimen pensional, máxime que la parte actora no los enuncia y mucho menos los prueba, por lo tanto, resulta válida la afiliación que se hizo de manera libre y voluntaria, habiéndosele brindado al demandante la información oportuna y completa como se aseveró en la firma del formulario de vinculación.

La mandataria judicial del actor, al formular alegatos de conclusión, expresa que su inconformidad con la decisión de primera instancia, se circunscribe al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; considerando que la decisión de primera



instancia debe ser confirmada, en cuanto declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y a su vez, se ordenó el pago de una pensión de vejez. Acto que es ineficaz o nulo por haberse incumplido por parte de esa entidad, el deber de información respecto a las implicaciones y consecuencias del traslado de régimen pensional. Señalando, de otro lado, que el actor nació en julio de 1957 y tiene más de 1456 semanas cotizadas, lo que le da derecho al reconocimiento de la pensión de conformidad con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 como lo dispuso la A quo.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 362

Pretende el demandante que se declare ineficaz/nula el traslado/afiliación que hizo del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 01 de enero de 1997 a PROTECCION S.A. y posterior traslado a PORVENIR S.A., y en consecuencia, se declare que para todos los efectos pensionales continua afiliado en el régimen de prima media, administrado por COLPENSIONES, ordenándose a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo de su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, los cuales deberán acreditarse en los términos de semanas cotizadas, de acuerdo al salario base de cotización, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y lo correspondiente a gastos de administración. Sumas que deberá recibir COLPENSIONES, reclamando de ésta última el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 13 de julio de 2019, con el pago de los correspondientes intereses moratorios a cargo de las demandadas. Subsidiariamente, solicita que las condenas impuestas sean debidamente indexadas.

En sustento de esas pretensiones, manifiesta el promotor de este proceso, que nació el 13 de julio de 1957. Que entre el 21 de octubre de 1975 y 31 de diciembre de 1996 estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES, cotizando 319 semanas. Que en enero de 1997 se trasladó a PROTECCION S.A. sin que se le hubiese informado respecto de las consecuencias que



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
FERNEY DE JESUS CARDONA
VS. COLPENSIONES Y OTRAS S.A
RAD. 76-001-31-05-008-2019-00881-01

conllevarían un posible cambio de régimen pensional, considerando que se le vulneró el derecho a la escogencia de manera libre y voluntaria del fondo de pensiones. Que en agosto de 2004 se vincula en pensiones con PORVENIR S.A. Habiendo solicitado a las entidades convocadas al proceso la declaratoria de ineficacia/nulidad del traslado, obteniendo respuesta negativa. Además, considera que tiene los requisitos legales para accederse a la pensión de vez, la que reclama ante la administradora del régimen de prima media, por tener más de 1478 semanas, pese a que la historia laboral expedida por PORVENIR presenta inconsistencias, al no reflejar la totalidad de los aportes efectuados por el empleador SIDOC SAS.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES a través de mandatario judicial da respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones, porque de la prueba aportada con la demanda no se logra inferir la nulidad de la afiliación, ni por error o vicio alguno del consentimiento, debiéndose atender el actor a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1 del Decreto 3800 de 2003. No estando, por lo tanto, esa entidad obligada a recibir en el régimen de prima media nuevamente al demandante. Plantea en su defensa las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, ilegalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad e innominada o genérica.

De otro lado, PROTECCION S.A. igualmente da respuesta a la acción, oponiéndose a todas las pretensiones, porque la afiliación del demandante se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones, además, dentro de las oportunidades legales no manifestó su deseo de retractarse de la misma, razón por la cual está válidamente afiliado en el RAIS. Habiendo cumplido la demandada con los requisitos vigentes para la época en que el actor decide cambiar de régimen pensional. Formula las excepciones de fondo que denominó: validez de la afiliación del actor a PROTECCION S.A., ratificación de la afiliación del demandante al RAIS y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, prescripción, compensación, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, buena fe de la entidad demandada y la innominada o genérica.



PORVENIR S.A., a través de apoderado judicial expresa que no le constan los hechos de la demanda, oponiéndose a las pretensiones, porque el traslado de régimen pensional que hizo el actor fue de manera voluntaria en ejercicio del derecho a la libre escogencia del régimen pensional. Que no es procedente declarar la ineficacia referida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puesto que opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, es decir contra conductas dolosas, que en este caso no se alegan ni se acreditan por el demandante. Además, no existieron vicios del consentimiento, sino se trató de una decisión del actor que tomó de manera libre, voluntaria y espontánea, previo asesoramiento que se hizo de las implicaciones de la afiliación al RAIS, pues el traslado se efectuó de la AFP ING. Plantea las excepciones de mérito que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

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

- Declara no probadas las excepciones propuestas por las entidades que integran la parte pasiva de la litis.
- Declara la ineficacia del traslado que hizo el actor del ISS hoy COLPENSIONES a ING hoy PROTECCION S.A. y en consecuencia, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones integrales que incluyen gastos de administración indexados y rendimientos. Declarando que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES.
- Condena a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, desde el 13 de julio de 2019, en cuantía inicial de \$1.371.262, sin perjuicio de los incrementos legales y la mesada adicional de diciembre de cada anualidad. Liquidando el retroactivo al 1 de octubre de 2020. E igualmente accede al



reconocimiento de los intereses moratorios a cargo de COLPENSIONES, a partir de la ejecutoria de esa sentencia.

- Autoriza a COLPENSIONES a hacer los descuentos por aportes en salud

Para arribar a las anteriores conclusiones, la operadora judicial toma como referentes pronunciamientos jurisprudenciales sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, encontrando que las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso no cumplieron con su deber de haber asesorado de manera integra al actor sobre las características e implicaciones que conllevaban el traslado de régimen pensional.

En relación con la pensión de vejez, encuentra la A quo que el actor reúne los requisitos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, porque el actor acredita 62 años de edad el 13 de julio de 2019 y presenta 1456 semanas cotizadas, como lo informa la historia laboral que lleva PORVENIR S.A., otorgando el derecho desde el cumplimiento de la edad, por había una desafiliación tácita por no haber continuado cotizando. Establece el IBL, considerando que el más favorable fue el extraído del cálculo de las cotizaciones realizadas en los últimos 10 años. Sin que hubiese operado el fenómeno extintivo de la prescripción. En cuanto a los intereses moratorios sólo los concede a partir de la ejecutoria de la sentencia, porque COLPENSIONES no podía reconocer la pensión hasta tanto no se declarará la ineficacia del traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la parte actora, formula el recurso de alzada, pretendiendo la modificación de la providencia de primera instancia, en relación con los intereses moratorios, considerando que los mismos son procedentes a cargo de COLPENSIONES a partir de la declaratoria de la sentencia, pero también es pertinente, y así se solicitaron, que éstos estuviesen a cargo de PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. quienes los deben cancelar después de los 4 meses de la solicitud y hasta la ejecutoria de la sentencia, porque éstos tienen una finalidad resarcitoria por la mora en el pago de las mesadas.



El apoderado de PORVENIR S.A. solicita la revocatoria de la sentencia en cuanto no declaró no probadas las excepciones propuestas por esa entidad y el numeral que ordena devolver todos los valores con los rendimientos y las costas impuestas. Considera que no era factible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional porque no se probó que faltara uno de los elementos esenciales de ese acto jurídico, además el actor es una persona capaz y si de haberse presentado una irregularidad generaría una nulidad relativa. Que los fondos si brindaron una información al actor sobre las características de los regímenes pensionales, le garantizó además el uso del retractor, habiéndosele asesorado como lo permitía la ley vigente para la data de la afiliación del actor al RAIS que era verbal. Considera que se debió declarar probada la excepción de prescripción de la acción de nulidad. Que debe revocarse la condena impuesta de devolver los gastos de administración, porque éstos son de orden legal por la administración de los ahorros del demandante. Que, si el efecto de la ineficacia es retrotraer las cosas a su estado anterior, conlleva a que nunca estuvo el actor en el RAIS y por lo tanto, los aportes no generaron rendimientos y no hay gastos de administración, razón por lo cual solicita que se declare probada la excepción de compensación y que se declare probada la excepción de prescripción respecto a la condena de gastos de administración. Por último, solicita que se debe valorar el interrogatorio de parte que absolvió el demandante a la luz del artículo 191 del CGP.

El apoderado de COLPENSIONES, igualmente censura la sentencia de primera instancia, porque el actor tiene más de 62 años de edad, por lo tanto, no procede porque no se puede hacer el traslado porque el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, prohíbe éste cuando al afiliado le falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión. Además, COLPENSIONES administra bienes de los asegurados, por consiguiente, sólo se debe conceder la pensión a quien cumple con los requisitos legales, porque de lo contrario, se comete delitos, razón por lo cual no es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez del actor.

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, rendimientos, gastos de administración 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 opera la excepción de compensación y si esa pretensión se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo, además se determinará si la obligación de transferir los gastos de administración está prescrita. De acuerdo con las respuestas, se verificará además si el actor acredita los requisitos para obtener la pensión de vejez, su cuantía, previo análisis de la excepción de prescripción y si es procedente condenar a los intereses moratorios, desde cuándo se causarían estos y a cargo de cual entidad estaría su pago.

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 ineficacia, frente a dicha afirmación los fondos privados demandados expusieron en su defensa que si le brindó asesoría al demandante.

Dentro del material probatorio, se encuentra que el actor estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES en el período comprendido entre el 21 de octubre de 1975 al 31 de diciembre de 1996, (fl. 40), se afilió a ING hoy PROTECCION S.A. en diciembre de 1996, como se aprecia con la historia de SIAFP, aportada de manera virtual y luego se afilia a PORVENIR S.A. el 22 de agosto de 2004, como se observa a folios 51.



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, omitieron las convocadas al proceso, administradoras del RAIS, el deber proceso de acreditar que al actor 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 del demandante a la administradora del régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES, sin que se pueda invertir la carga probatoria como lo pretende el apoderado de PORVENIR S.A. tal como lo expuso en los argumentos al formular la alzada, quien pretende tener por confesado el hecho con las afirmaciones realizadas por el actor al absolver el interrogatorio de parte, porque no basta con atender las respuestas dentro de esa diligencia, sino que es necesario hacer un análisis completo, es decir, se debió acreditar que el actor es una persona expedida en materia de seguridad social que entendió claramente lo que se le informó de manera verbal cuando se afilío al RAIS, omisión probatoria que conlleva a no poderse afirmar que lo expuestos por el demandante en el interrogatorio de parte, suple el deber de probar por parte de la llamada al proceso.

Con la declaratoria de ineffectividad 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.

La Sala comparte la conclusión expuesta por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuesta en la sentencia SL. 3349 del 2021, Magistrado Ponente: Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, que ha precisado:

“Existe ineffectividad de la afiliación cuando: i) La insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado que impida su acceso a la prestación, ii) La simple suscripción del formulario no es suficiente, sino el cotejo con la información dada, la cual debe corresponder a la realidad, iii) En los términos del artículo 1604 del CC corresponde a las administradoras de fondos de pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993”



En el proceso en curso, se omitió el deber de acreditar que al actor se le brindó una información suficiente sobre los beneficios y bondades de cada régimen, a fin de que tomará la mejor decisión, en relación con su régimen pensional, lo que conlleva a atenderse las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado, dado que sí 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 clientes: *“conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”*.

Igualmente, resalta la Sala que si bien, la 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 y mucho menos se puede concluir que el traslado entre administradoras del RAIS, sanea cualquier nulidad, porque desde el inicio se omitió el cumplimiento del deber de información sobre las características de cada régimen pensional, por lo tanto, no existió un consentimiento informado.

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.



Sobre el reproche que se hace sobre las condenas a las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso, sobre transferir además de los aportes, rendimientos, lo que corresponde a los gastos de administración; esta Sala acoge las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expuestas en la SL 1421, SL 4360 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3349 de 2021, en la que esa Corporación precisó que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acude al artículo 1746 del Código Civil que hace referencia a las restituciones de la cosa, con los intereses y frutos. Precisando:

“El traslado del régimen pensional encuentra regulación sobre los recursos en él involucrados en el artículo 113 del Ley 100 de 1993, en el literal a), para cuando el traslado se produce del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, caso en el cual habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales y, en el literal b), cuando la migración se efectúa del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media, evento que comporta la transferencia del saldo individual, incluidos los rendimientos en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización, Entonces hay lugar a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, incluidos los valores que cobró el fondo privado a título de gastos de administración y comisiones, debidamente indexados, durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

Atendiendo las enseñanzas del órgano máximo de la jurisdicción ordinaria laboral, se mantiene la decisión de primera instancia en relación con la devolución no sólo de los aportes, rendimientos, gastos de administración que ordenó la A quo. Sin que se pueda predicar que esa obligación a cargo de las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso, se encuentre prescrita, por cuanto éstos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, por consiguiente, ese derecho a la pensión está sometido a la condición suspensiva de que confluayan 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. Así lo ha interpretado entre la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en la SL 625 de 2019. Lo que conlleva a no atenderse los argumentos del recurrente y en consecuencia mantener la decisión.



Tampoco hay viabilidad a declarar probada la excepción de compensación, porque para que esta figura jurídica tenga aplicación, deben existir deudas de cada parte, que en este caso no se dan, porque COLPENSIONES no adeuda nada a PORVENIR S.A., ni el actor adeuda suma alguna a la administradora del RAIS convocada al proceso, mientras esta administradora de régimen de ahorro individual demandada, ante la ineficacia del traslado y su consecuencia, es la devolución de todo lo que recibió de la actora; surgiendo a cargo de ésta la obligación.

En cuanto a la censura de no haberse declarado probada la excepción de prescripción de la acción de nulidad, 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.

De otro lado, la Sala de Casación laboral en sentencia SL 3349 de 2021, precisa los efectos de la ineficacia del traslado, en los siguientes términos:



“La declaratoria de la ineficacia del traslado trae como efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales.”

“(..)

Al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, puede acudirse al artículo 1746 del CC, precepto relativo a las consecuencias de la nulidad que consagra las mismas consecuencias de aquella

(...) La declaratoria de la ineficacia del traslado pensional trae como efectos de acuerdo a los recursos en el involucrados lo siguiente: i) De acuerdo al literal a) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, cuando el traslado se produce del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales y ii) De acuerdo al literal b) de la misma norma, cuando la migración se efectúa del régimen de ahorro individual al de prima media, comporta la transferencia del saldo individual, incluidos los rendimientos en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización.

Al aplicar las consecuencias que genera la ineficacia del 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 reclama de la administradora del régimen de prima media, administrado actualmente por COLPENSIONES. Pretensión que en primera instancia se atendió bajo los parámetros establecidos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consideración que no fue censurada, por lo tanto, la Sala revisará las exigencias de esa norma y si se cumplen en el caso que nos ocupa.

“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. Ley 797 de 2003 14/30 A partir del 1° 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 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se*



incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”

En cuanto a la edad, se ha acreditado con la copia del registro civil de nacimiento, obrante a folios 38, que nos indica que el actor nació el 13 de julio de 1957, por lo tanto, los 62 años los cumplió el mismo día y mes del año 2019. Igualmente refiere la historia laboral que lleva PORVENIR S.A que el actor tiene 1.456 semanas cotizadas, número superior al que exige la norma. Encontrándose claramente acreditados los requisitos para accederse a la causación de la pensión, como lo determinó la A quo. Derecho que dispuso su disfrute a partir de la data en que se cumple la edad, porque ya tenía los requisitos legales y además el demandante había dejado de cotizar. Consideración que se mantiene porque para el disfrute de la pensión debe existir la desafiliación, pero ésta no sólo se deduce con la novedad de retiro, sino que también se puede acreditar con el cese de cotizar. Así lo ha precisado 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, entre otras.

PRESCRIPCION

La pensión se reconoce a partir del 13 de julio de 2019, y la solicitud del reconocimiento de la pensión fue presentada a COLPENSIONES el 06 de diciembre de 2019 (fl. 82), para finalmente presentar la demanda el 19 de diciembre de 2019 (fl. 1), observándose que entre esas datas no transcurrió los tres años que pregonan el artículo 151 del CPL y SS, por consiguiente, no hay mesadas prescritas.

CUANTIA

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



con el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, dispone que en el régimen de prima media con prestación definida el 10.5% del ingreso base de cotización se destinará a financiar la pensión de vejez, mientras que en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destina a las cuentas individuales de ahorro pensional. Quedando claro que la normatividad estableció una diferenciación en lo que respecta a la tasa de cotización y su distribución; que, al regresar la actora al régimen de prima media con prestación definida, se debe contabilizar el ingreso base de cotización sobre el 10.5% y no sobre el 10% que ha realizó la administradora del régimen de ahorro individual, porcentaje que tiene efectos al momento de determinar el monto de la mesada pensional.

Para la exigibilidad de la obligación impuestas a las administradoras de los regímenes pensionales, es necesario, establecer un término para su cumplimiento, por lo tanto, PROTECCION S.A y PORVENIR 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 de pensiones 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 trasladan a COLPENSIONES y la data precisa en que cumplen 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.

INTERESES MORATORIOS



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

Considerando la parte recurrente, que el reconocimiento de éstos es dado desde los 4 meses siguientes en que venció el plazo para resolver la petición de la pensión de vejez, y por lo tanto, deben cancelarlos las administradoras del régimen de ahorro individual demandados.

Argumento que la Sala no comparte, porque la prestación de vejez está a cargo de COLPENSIONES, los intereses moratorios son una petición accesorio 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 lo tanto, ante el grado jurisdiccional de consulta, se modificará la sentencia de primera instancia, para no condenar a COLPENSIONES a los intereses moratorios, sino al reconocimiento de la indexación del valor del retroactivo causado hasta el día en que éste sea efectivamente cancelado.

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 3651 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 por los apoderados de las partes en los alegatos de conclusión.



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

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia número 243 emitida el 29 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, el que quedará así:

- a) CONDENAR a PORVENIR S.A. y a PROTECCION S.A. para que en el término de un mes, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, traslade a COLPENSIONES los aportes que tiene el señor FERNEY DE JESUS CARDONA HENAO en la cuenta de ahorro individual, junto con los respectivos rendimientos y gastos de administración.
- b) ORDENAR a PORVENIR S.A y a PROTECCION S.A. a informar al señor FERNEY DE JESUS CARDONA HENAO, la fecha y capital que trasladan a COLPENSIONES

SEGUNDO.- MODIFICAR los numerales tercero y quinto de la sentencia número 243 emitida el 29 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, el que quedará así:

- a) ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES—COLPENSIONES, en su calidad de actual administrador del régimen de prima media con prestación definida, para que en el término de un mes, contado a partir de la fecha en que PORVENIR S.A y PROTECCION S.A. le trasladen los aportes que tiene el señor FERNEY DE JESUS CARDONA HENAO en la cuenta de ahorro individual, junto con los respectivos rendimientos y gastos de administración, actualice la historia laboral del demandante.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
FERNEY DE JESUS CARDONA
VS. COLPENSIONES Y OTRAS S.A
RAD. 76-001-31-05-008-2019-00881-01

- b) CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en su calidad de actual administrador del régimen de prima media con prestación definida a reconocer y pagar la pensión vitalicia de vejez al señor FERNEY DE JESUS CARDONA HENAO a partir del 13 de julio de 2019, a razón de 13 mesadas anuales, cuyo retroactivo pensional deberá ser indexado al momento del pago efectivo de todo el retroactivo causado.
- c) ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES– COLPENSIONES, en su calidad de actual administrador del régimen de prima media con prestación definida, para que liquide el valor de la mesada pensional del señor FERNEY DE JESUS CARDONA HENAO, aplicando las fórmulas dispuestas en los artículos: 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando la más favorable. Además de deberá atender los artículos 35 y 14 de la misma Ley 100, que establece la prohibición de fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente y la orden de incremento anual de la mesada pensional.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 243 emitida el 29 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado octavo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

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

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial

(<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-lasala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>) y a los correos de las partes.

DEMANDANTE: FERNEY DE JESUS CARDONA HENAO

APODERADA: MARIA EUGENIA UPEGUI SATIZABAL

Correo:

mariaeugeniauegui@latinmail.com



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
FERNEY DE JESUS CARDONA
VS. COLPENSIONES Y OTRAS S.A
RAD. 76-001-31-05-008-2019-00881-01

DEMANDADOS,
COLPENSIONES
APODERADO: EDWIN JHOVANY FLOREZ DE LA CRUZ
Correo:
www.rstasociados.com.co

PROTECCION S.A.
APODERADA: LUCERO FERNANDEZ HURTADO
Correo:
ifarana@une.net.co

PORVENIR S.A.
APODERADO: ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ
Correo:
abogados@lopezasociados.net

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. 008-2019-00881-01