



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A L A B O R A L

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	HERNANDO GIRALDO GUTIERREZ
DEMANDANDO	COLPENSIONES PROTECCIÓN S.A. PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001 31 05 003 2019 152 01
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACION Y CONSULTA
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 172 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2020
TEMAS Y SUBTEMAS	NULIDAD DE TRASLADO: PROTECCIÓN S.A. omitió cumplir su deber de información PENSIÓN DE VEJEZ Ley 797/03
DECISIÓN	MODIFICAR

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el magistrado ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO, en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión, procede resolver en APELACIÓN y CONSULTA la sentencia No. 045 del 11 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **HERNANDO GIRALDO GUTIERREZ**, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS**, bajo la radicación **76001 31 05 003 2019 152 01**.

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor **Hernando Giraldo Gutiérrez** demandó a Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, pretendiendo se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, en consecuencia, se declare válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones y se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a tal entidad todos los saldos de su cuenta de ahorro individual.

Solicitó además se ordene a Colpensiones a reconocer y pagar su pensión conforme la Ley 100 de 1993 a partir del 20 de mayo de 2017, junto con el retroactivo causado desde esa fecha hasta ser incluido en nómina y los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUTIERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



De forma subsidiaria solicitó que se condene a Porvenir S.A. a reconocer y pagar en su favor el retroactivo pensional causado entre el 20 de mayo de 2017, fecha en la que cumplió 62 años y alcanzó las semanas en RPM y el 31 de octubre de 2017, fecha en la que Porvenir S.A. y a partir del 31 de octubre de 2017, las diferencias que se ocasionen entre la mesada que debió recibir en RPM y la mesada otorgada por Porvenir S.A., finalmente solicitó los intereses moratorios a partir del 13 de febrero de 2018.

Colpensiones dio contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, argumentando que al momento del traslado del actor Protección S.A. y Porvenir S.A. suministraron toda la información y asesoría necesaria para que el potencial afiliado conociera los productos y servicios prestados por las administradoras.

Protección S.A. se opuso a las pretensiones indicando que el traslado del actor se realizó con el lleno de los requisitos legales, por lo que la selección efectuada por el demandante se dio de forma libre, espontánea y sin presiones, en total ausencia de causales de nulidad, bien sea absoluta o relativa.

Porvenir S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, como argumento expuso que la afiliación del señor Hernando Giraldo Gutierrez se realizó con el lleno de requisitos, sin que este manifestara su voluntad de retractarse, por lo que debe considerarse como válida su afiliación, máxime si se tiene en cuenta que el demandante se encuentra pensionado por una entidad del RAIS.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, vinculado como litisconsorte en primera instancia, presentó contestación a la demanda señalando que los engaños de los que el demandante asegura fue objeto deben ser demostrados por este para que se decreta la nulidad de su traslado ya que su condición es la de un pensionado por el RAIS, situación que asegura saneó la eventual nulidad del traslado de régimen.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUITERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



Porvenir S.A. presentó demanda de reconvención en contra del señor Hernando Giraldo Gutierrez pretendiendo que se declare improcedente la pretensión de nulidad de traslado elevada por este.

Además, solicitó que en caso de que se acceda a nulidad de traslado, se le condene al señor Giraldo Gutiérrez a reintegrar a Porvenir S.A. todas las sumas de dinero que tal sociedad le ha venido cancelando por concepto de mesadas pensionales a partir noviembre de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, sumas que solicita sean pagadas debidamente indexadas.

El señor **Hernando Giraldo Gutierrez** contestó la demanda de reconvención oponiéndose a la procedencia de la misma por cuanto considera que su traslado del RPM al RAIS se efectuó sin el suministro de la información suficiente.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali** decidió el litigio en sentencia No. 045 del 11 de febrero de 2020, en la que declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar todos los valores de su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, asumiendo a su cargo las mermas sufridas en el capital por la financiación de la pensión de vejez del señor Hernando Giraldo Gutierrez.

Ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante; Ordenó a la AFP Porvenir S.A. a reintegrar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el bono pensional reconocido al actor, debidamente indexado, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra y al señor Hernando Giraldo Gutierrez de las pretensiones formuladas por Porvenir S.A. en la demanda de reconvención.

Como sustento de su decisión, la Juez de Primera Instancia indicó que si bien la nulidad de traslado es procedente aun cuando el demandante ostenta la condición de pensión, al analizar la procedibilidad de pensión de vejez pretendida en RPM, encontró que el actor alcanzó los 62 años en el 2017 pero en toda su vida laboral solamente cotizó 1.254 semanas, según reporte de semanas de RPM y RAIS, por lo que concluyó que este no cumple requisitos en RPM para que se le reconozca

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUITERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



por parte de Colpensiones la pensión de vejez solicitada, indicando que entonces el demandante deberá esperar a cumplir el mínimo de semanas requeridas en el RPM para que se le conceda tal pretensión por parte de Colpensiones.

En lo que respecta a la demanda de reconvención, considero que el demandante no debe restituir las mesadas recibidas por parte de Porvenir S.A., como quiera que las mismas fueron recibidas por este de buena fe.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión, las partes presentaron recurso de apelación en los siguientes términos:

- PARTE DEMANDANTE:

"Interpongo recurso de apelación contra la sentencia No. 45 proferida en la presente audiencia, la cual resultó parcialmente favorable a las pretensiones de mi poderdante, en cuanto se declaró la ineficacia del traslado que el señor Hernando Giraldo hizo al rpm al RAIS, no me encuentro conforme a la decisión en cuanto considero que el demandante no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez con el rpm prestación que estaría a cargo de Colpensiones.

Procedo a sustentar mi recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones de inconformidad:

Está demostrado en el expediente que el señor Giraldo cotizó al sistema de pensiones un total de 1.425 semanas, contrario a lo que estableció el despacho que solamente se contabilizaron 1.200 un poco menos de 1.250 semanas.

El señor Hernando Giraldo, si se contabiliza tanto las semanas que cotizó en el rpm más las semanas cotizadas en el RAIS acredita en total 1.425 semanas que corresponden a 760 semanas cotizadas en el ISS para el rpm, al igual que 271 semanas cotizadas en el fondo de pensiones protección y otras AFPS, sumadas a las 364 semanas cotizadas en la AFP porvenir; información está que se corrobora de la historia laboral aportada al proceso y la cual no fue tachada de falsa, también para corroborar esas información conviene traer a colación o citar la historia laboral válida

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUITERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



para bonos pensionales la cual se establece el tiempo que el demandante cotizó para el ISS desde el 19 de febrero de 1980 y hasta el año de 1994 cuando decidió trasladarse al RAIS.

Igualmente se puede establecer que el demandante cotizó 1.425 semanas si se hace un estudio minucioso del conteo de todas esas demandas contabilizando o computando, como anteriormente lo dije tanto las semanas cotizadas en el rpm como en el RAIS, ahora bien, si en la historia laboral del demandante correspondiente al ISS es preciso señalar que dicha histórica laboral no se encuentra actualizada, pues se informa que el demandante tiene 0 semanas pero si se revisa el contenido de la contestación de la demanda presentada por Colpensiones al dar respuesta al hecho 2do manifiesta que es cierto que el demandante cotizó en el rpm un total de 761 semanas cotizadas desde el 19/02/1980 hasta el 31/10/1994, corroborando la información que presenta la historia laboral que presenta el demandante por parte de la AFP porvenir en la cual como ya lo indiqué, el demandante acredita 1425 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.

Ahora bien, en lo que respecta el derecho pensional del demandante en el rpm basta con señalar que, el demandante cumplió los 62 años el 20/05/2017 y que más 1.425 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, su última cotización la efectuó el 31/12/2015, es decir mucho antes del cumplimiento de la edad mínima para la pensión de vejez en el rpm, por consiguiente el demandante cumple con los requisitos exigidos en el art. 33 para acceder a dicha prestación económica, la cual estaría a cargo del sistema general de Colpensiones.

Ahora bien, si al demandante le calcula el ingreso base de liquidación conforme a lo ordenado en el art. 21 de la ley 100/93, se obtendría que con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años a la fecha del reconocimiento de la pensión esto es entre el 11/12/97 y el 31/12/2015 última cotización reportada en su historia laboral, el demandante obtendría un IBL de \$8.990.338 y que al aplicarle una tasa de remplazo del 62.52% de acuerdo con la fórmula establecida en el art. 34 de la ley 100/93 el demandante tendría derecho a una mesada pensional inicial de \$5.620.738 tal cual como se manifestó en el hecho vigésimo cuarto del contenido

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUITERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



de la demanda, por consiguiente el demandante es derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez conforme al rpm a cargo de Colpensiones.

Por lo anterior muy comedidamente le solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Cali, revocar parcialmente la sentencia en su numeral 5to por el cual se absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas por el demandante en lo que respecta el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y en su lugar muy comedidamente le solicitó a los magistrados se declare que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con lo previsto en los arts. 33 y 34 de la ley 100/93 y consecuentemente el demandante es derecho a recibir el retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde el 20/05/2017 fecha en que el demandante cumplió los 62 años de edad hasta la fecha en que el demandante adquirió la pensión de vejez por parte del fondo de pensiones porvenir y que a partir de la fecha al que al demandante se le fue reconocida la pensión de vejez en el RAIS, Colpensiones sólo está obligado a pagarle el mayor valor o las diferencias de mesadas pensionales que resulten producto de la pensión de vejez que le corresponde en el rpm descontando del valor que ha venido pagando la AFP porvenir por concepto de mesadas pensionales del RAIS y que a partir del momento en que el fondo de pensiones Porvenir cese esa obligación de pagar esa pensión de vejez y traslade a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en la cubeta de ahorro individual del demandante inicie nuevamente a pagar el 100% de la mesada pensional conforme a las disposiciones del rpm”.

- PORVENIR S.A.

“Como primera medida manifestar que el demandante ratificó ampliamente su voluntad de permanecía en el RAIS al realizar su traslado de Colpensiones a la administradora de fondos de pensiones la cual representó, en el mes de noviembre de 1994 y posteriormente pues realizar su traslado en el año 2000.

Conforme su historial de vinculaciones según Asofondos y aportado en este proceso con la contestación de la demanda, ratificando con ello su permanencia en dicho régimen, lo que demuestra que el demándate a través de diversas asesorías

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUITERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



recibidas por los fondos de pensiones, recibió información satisfactoria y suficiente que le permitió tomar la libre sedición y voluntaria de trasladarse entre administradoras de régimen de ahorro individual con solidaridad y permanecer en este régimen durante más de 25 años.

Igualmente como lo manifesté en los alegatos de conclusión, el demandante se encuentra recibiendo una pensión de vejez por parte de mi representada a partir del 12/10/2017, lo que significa que no es viable jurídicamente un traslado de quien es pensionado, en la medida de que mi representada viene realizando pagos de mesadas pensionales incluso el bono sin que sea posible discutir la validez de la afiliación con la cual fue ratificada y convalidada con la solicitud de pensión de vejez elevada por el propio demandante, cabe resaltar que para que el accionante accedería a la pensión de vejez por mi representada tuvo que tener una asesoría previa por parte de Porvenir S.A en el cual se le explicaron los detalles de su pensión, el monto al recibir y que convalidó con la suscripción de la documentación para autorizar el pago del bono pensional.

Por otra parte, no es procedente para mi representada reintegrar a la nación el bono pensional aquí pagado tendido en cuenta que ello hace parte del pago que se le hace al señor por pago de la pensión que está recibiendo.

E igualmente solicitamos a los honorables magistrados, se acceda a la demanda de reconvenición radicada por mi administradora y se condene al señor Hernando Giraldo Gutierrez a reintegrar a porvenir las sumas de dinero que dicha sociedad le ha cancelado por concepto de mesadas pensionales derivadas de una pensión de vejez reconocida repito desde el mes de noviembre del 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia, igualmente que el reintegro de este dinero se haga debidamente indexado.

No es de recibo para mi representada decir que el señor Hernando Giraldo Gutierrez recibió obviamente de buena fe estos dineros, teniendo en cuenta que tuvo una asesoría previa que de parte de porvenir se le comunicó todas las condiciones para recibir la pensión de vejez que fueron convalidadas con la suscripción de documentos y que ahora pretenda no tener en cuenta esto y que se le ordene a Porvenir reintegrar el bono pensional y el pago de las mermas sufridas.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUITERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



E igualmente debo manifestar que, en cuanto a el pago de gastos de administración, esto gastos están debidamente autorizados por la ley y son manejados por los fondos de pensiones para manejar los dineros de las cuentas de ahorros individuales que hacen a su vez que estos dineros generen unos rendimientos.

En cuanto a la condena en costas debo pronunciarme qué Porvenir S.A siempre ha actuado de buena fe y con estricta sujeción a la ley.

Por los anteriores términos le solicitamos a los honorables magistrados se revoqué la decisión aquí proferida y se absuelva a mi representada de todas las pretensiones de la demanda y en caso de que se confirme la decisión se acceda a lo pretendido en la demanda de reconvención y se condene al señor Hernando Giraldo a reintegrar a Porvenir S.A las sumas que se le han por mesadas pensionales a partir del mes de noviembre del año 2017”

- COLPENSIONES

“Los aquí demandantes cuentan a la fecha con más de 47 y 52 años de edad, así mismo que para la época del traslado al RAIS registrada en Colpensiones los demandantes estaban en pleno derecho de hacer dicha afiliación lo cual indica un procedimiento acorde por parte de mi representada; mi representada estaba en la obligación de acceder a este traslado porque de haberse negado a aceptar que aquí los demandantes se trasladarán estaría incurriendo en una violación de un derecho a la libre elección que a ellos le asistía.

A la fecha su señora, la afiliación tiene plena validez jurídica y respecto a la nulidad o ineficacia del traslado alegado por los interesados, nulidad que no procede según el art 13 literal E de la ley 100/93, el cual reza que los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran, una vez efectuado la elección inicial estos solo podrán trasladarse de régimen cuando le faltará 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUITERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



Teniendo en cuenta que los aquí demandantes están próximos a adquirir su derecho pensional y que ya adquieren en algún caso, estos ya no podrán cambiarse de régimen pensional pues legalmente no le está permitido por las razones anteriormente expuestas.

De manera respetuosa solicitó enviar el expediente a los honorables magistrados del tribunal superior de Cali en su sala laboral para que se resuelva el presente recurso y a efecto de esto se revoque el fallo proferido”.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DECRETO 806/2020

Dentro de los términos procesales previstos en el art. 15 del Decreto 806 de 2020 los Alegatos de Conclusión se presentaron por las siguientes partes así:

PORVENIR S.A. presentó alegatos de conclusión solicitando se revoquen las condenas impuestas en su contra, toda vez que la parte del demandante no presentó ninguna causal para dejar sin efecto la vinculación realizada ante el RAIS, y también teniendo en cuenta que se encuentran pensionados desde el mes de octubre de 2017, queda o sin la posibilidad del traslado de régimen, por cuanto actualmente disfruta del reconocimiento de una pensión de vejez y por expresa prohibición de lo establecido en el artículo 2º de la ley 797 de 2003, en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 en armonía con los diferentes conceptos que sobre el tema, ha emitido la Superfinanciera de Colombia.

además indicó que es inviable e ilegal alegar la nulidad para pretender el traslado de régimen cuando ya que la parte demandante no logro probar faltaba uno de los elementos esenciales para este acto.

La **PARTE DEMANDANTE** que se cumplen con los requisitos mínimos exigidos en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por lo que solicitó se acceda a sus pretensiones y se le pague la pensión de vejez con la cuantía que legalmente le corresponde, junto con el retroactivo.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUITERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO** indico que el traslado solo procede para aquellos que no han adquirido su estatus de pensionado, por lo que indica debe confirmarse el fallo de primera instancia.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a su turno, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, ya que el demandante realizó su afiliación al fondo privado de pensiones ejercicio legítimo que tenía de la libre escogencia del fondo de pensiones, permaneciendo en el por varios años sus aportes en pensión, siendo posible que en la actualidad se endilguen obligaciones a Colpensiones.

No encontrando vicios que puedan generar la nulidad de lo actuado en primera instancia, surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007 y teniendo en cuenta los alegatos de conclusión presentados por las partes, se profiere la

SENTENCIA No. 172

En el presente proceso no se encuentra en discusión: i) que el señor **Hernando Giraldo Gutierrez** nació el 20 de mayo de 1995 (fl. 42), **ii)** que el 12 de enero de 1994, el demandante se trasladó del RPM administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Protección S.A. y el 2 de marzo de 2003 se trasladó a Colpatria hoy Porvenir S.A. (fl.210 y 265), **iii)** que el 12 de octubre de 2017 el señor Giraldo Gutierrez solicitó a Porvenir S.A. la pensión de vejez (fl.63-64), la cual le fue concedida a partir noviembre de 2017 en cuantía de \$2.426.381 en la modalidad de retiro programado (fls.277-280 y 285) y **iv)** que el 27 de noviembre de 2018 el señor Giraldo Gutierrez elevó solicitud de nulidad de traslado a Protección S.A. (fls.75-78), petición que elevó en la misma fecha a Porvenir S.A. (fls.80-85) y Colpensiones (fls.87-92).

PROBLEMAS JURIDICOS

En atención los recursos de apelación presentados por la parte demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de este último, como **primer problema jurídico** la Sala establecerá si hay

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUITERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



lugar a declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, efectuado por el señor **Hernando Giraldo Gutierrez**, habida cuenta que las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. aseguran que este resulta improcedente por la calidad de pensionado del actor.

En el evento de declararse la nulidad de traslado y dado el recurso de apelación del demandante se estudiaría como **segundo problema jurídico** si el actor cumple los requisitos para que le sea otorgada pensión de vejez en el RPM a raíz de su retorno a tal régimen en virtud de la nulidad de traslado.

Y, para resolver la apelación de Porvenir S.A. se estudiaría:

Como **tercer problema jurídico** si Porvenir S.A. debe o no retornar los gastos de administración descontados del capital del demandante durante el periodo en que administró su cuenta de ahorro individual.

A modo de **cuarto problema jurídico** se determinará si resultan procedente la devolución de las mesadas ya recibidas por parte del demandante en el RAIS de acuerdo a las pretensiones de la demanda de reconvención presentada por Porvenir S.A.

Y, finalmente como **cuarto problema jurídico** la Sala se pronunciará sobre la imposición de costas en primera instancia a cargo de Porvenir S.A.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico principal, la Sala comienza por indicar que el Sistema General de Seguridad Social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Frente a la elección de régimen, el literal b) del artículo 13 de la 100/93, indica que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga para su vinculación o traslado.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUTIERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



Al respecto del deber de información, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses¹ y, sobre este punto, jurisprudencialmente se ha definido que es la AFP a la cual se efectuó el traslado a quien le corresponde la carga de la prueba².

En el caso, el señor **Hernando Giraldo Gutierrez** manifestó que, al momento del traslado de régimen, el asesor de la AFP no se le dio una información clara y completa sobre las reales implicaciones que traería consigo su traslado.

Al respecto, **Protección S.A.**, AFP a la que se realizó el traslado inicial, no demostró el cumplimiento del deber de información, obligación que no se limita a las proyecciones pensionales, sino que debe comprender cada etapa de la afiliación, desde el momento inicial mostrando las ventajas y desventajas del traslado a realizar, situación que no se logró acreditar en el caso bajo estudio.

El incumplimiento antes señalado da lugar a la declaración de la nulidad del traslado del demandante, ya que contrario a lo señalado por Porvenir S.A. y Colpensiones en su recurso de apelación y por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su contestación a la demanda, el otorgamiento de la pensión de vejez por parte de Protección S.A. no torna válido el contrato de afiliación, toda vez que el deber de información debe cumplirse desde la etapa inicial de la afiliación, informando al posible afiliado de las ventajas y desventajas del acto jurídico a realizar, aspecto que no se subsana con actos posteriores como la concesión de la pensión ya enunciada.

PENSIÓN DE VEJEZ

El demandante nació el 20 de mayo de 1955, por lo que al 1º de abril de

¹ artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, Decreto 2241 de 2010, reglamentario de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2555 de 2010, y la Ley 1748 de 2014.

² sentencia del 09 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL1688-2019.



1994 tenía 38 años de edad y para tal calenda solo contaba con 736,42 semanas cotizadas, razón por la que no es beneficiario del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100/93, por tanto, **la norma aplicable es la Ley 797 de 2003** en su art. 9º que modificó el art. 33 de la Ley 100 de 1993, que requiere 1.300 semanas de cotización y 62 años para los hombres.

Requisitos que se cumplen así:

Contrario a lo afirmado por la Ad Quo, revisadas las historias laborales visibles a fls. 98-100, 152-156, 211-213 y 308-314, se observa que el demandante cotizó en toda su vida laboral del 19/02/1980 al 31/12/2015, ante Colpensiones en el RPM y ante Protección S.A. y Porvenir S.A. en el RAIS, acumulando un total de **1.441,42 semanas**, que superan las 1.300 requeridas por la norma.

En cuanto a la edad, alcanzó los **62 años el 20 de mayo de 2017**, fecha para la cual, como ya se mencionó, ya había superado el número mínimo de cotizaciones requeridas, de ahí que, el **disfrute de la prestación** será desde el **21 de mayo de 2017**.

Para efectos del cálculo del IBL se tendrá en cuenta lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, toda la vida laboral o los últimos 10 años de cotización.

En cuanto al **monto de la pensión**, se realizó la liquidación con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años por ser más favorable y se obtuvo un ingreso base de liquidación de \$8.991.107,98, que al aplicarle una tasa de remplazo del 63,73% arroja una primera mesada pensional para el 2017 en la suma de **\$5.730.033,12**, debiéndose reconocer 13 mesadas al año.

Como se observa, hay lugar al pago de diferencias pensionales a cargo de Colpensiones, como quiera que la mesada pensional liquidada por Porvenir S.A. para el año 2017 era de \$2.426.381 (fl.285), además, como ya se mencionó la prestación será reconocida desde el 21 de mayo de 2017, por lo que se generó un retroactivo desde tal fecha, teniendo en cuenta que Porvenir S.A. solamente reconoció la

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUITERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



prestación en noviembre el mismo año.

En cuanto a la excepción de prescripción formulada por las demandadas, la misma **no** operó, como quiera que el derecho se causó el 21 de mayo de 2017 y la demanda se presentó el 22 de mayo de 2019, sin que trascurrieran entre ambas fechas los 3 años de que habla artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

Así las cosas, deberá condenarse a Colpensiones a reconocer las mesadas pensionales causadas entre el 21 de mayo de 2017 y el 31 de octubre de 2017 y a partir del 1 de noviembre de 2017 deberá pagar las diferencias causadas entre la mesada pensional reconocida por parte de Porvenir S.A., y la aquí liquidada y una vez se realice el traslado efectivo del demandante al RPM, comenzará a efectuar el pago de la totalidad de la mesada pensional.

El retroactivo causado entre el 21 de mayo de 2017 y el 31 de octubre de 2017 equivale a **\$36.481.210,86** y en adelante, deberán pagarse las diferencias causadas, para lo cual Colpensiones deberá tener en cuenta que la mesada para el año **2017** equivale a \$5.730.033,12, **2018** a \$5.964.391,47, **2019** a \$6.154.059,12 y **2020** a \$6.387.913,37.

Se deja constancia que no es posible liquidar en concreto el retroactivo generado por diferencias con posterioridad al 31 de octubre de 2017, como quiera que no reposa en el plenario prueba sobre los valores exactos pagados por la AFP desde tal calenda hasta la fecha de corte de la presente providencia.

Llegado este punto, es procedente señalar que no se accederá a los intereses moratorios pretendidos por el demandante, toda vez que no puede predicarse una mora de Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la obligación que se le impone surge con ocasión de esta decisión, tal como lo señaló la CSJ en sentencia 4360 del 2019, por el contrario, es viable la condena a la **indexación** de las diferencias pensionales a reconocer, las que deberán indexarse mes a mes desde la fecha de su causación hasta la ejecutoria de la providencia, con el fin de reconocer la pérdida que sufrió el dinero por el paso del tiempo y, a partir

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUITERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



de la ejecutoria de esta providencia se empezarán a causar los **intereses moratorios** hasta el día del pago efectivo de las mesadas pensionales. Hasta aquí el segundo problema jurídico.

Porvenir S.A., como consecuencia de la nulidad de traslado, deberá devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Hernando Giraldo Gutierrez, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

En cuanto el retornó de los gastos de administración, aspecto apelado por Porvenir S.A., como consecuencia de la nulidad del traslado, los mismos deberá ser serán asumidos por la AFP demandada a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C., ocurriendo lo mismo con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, resolviendo así el tercer problema jurídico.

Lo anterior conforme lo ha venido señalando la CSJ en sentencias como la SL rad. 31324 del 6 dic. de 2011; rad. 47125 del 27 sep. 2017; rad. 47125 del 14 nov. 2018, rad. 71619 del 6 de ago. de 2019 y SL4933 de 2019, entre otras.

Ahora, en lo que respecta al **bono pensional tipo A** recibido a nombre del señor Hernando Giraldo Gutierrez, se debe traer a colación sentencia de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia STL3223 de 2020, en la que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público fue el accionante por considerar vulnerados sus derecho en un proceso de ineficacia de traslado, respecto a la orden que dio el Tribunal a Protección S.A. de devolver lo que recibió por pago de bono pensional, indicando que no era posible *«ordenar el traslado de dichas sumas al RPM, ahora, pese a ello, tampoco [el Tribunal] resolvió ordenar el reintegro de las sumas pagadas por dicho concepto por la Nación»*.

La Corte en esa sentencia de tutela negó el amparo por encontrar



razonabilidad de la decisión que declaró la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, ordenó a la AFP a devolver a Colpensiones el Bono redimido y absolvió al Ministerio.

Siguiendo el criterio antes planteado, que es acogido por esta Sala de decisión, como consecuencia de la nulidad del traslado, se ordenará a Protección S.A. a entregar a COLPENSIONES el bono pensional tipo A pagado a nombre del demandante Hernando Giraldo Gutierrez.

Ahora, en cuanto a la devolución de las mesadas ya recibidas por parte del demandante, lo cual fue pretendido en la **demanda de reconvención y además punto objeto de apelación PORVENIR S.A.**, la Sala considera que:

La CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, Rad. No. 31989, indicó que la anulación de la vinculación del demandante al R.A.I.S ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales, por lo que consideró la Corte que el afiliado no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora, por tanto, estas fueron recibidas de buena fe, debiendo entonces la AFP asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración.

Conforme a lo anterior, no le asiste razón a Porvenir S.A. en la solicitud que realizó en la demanda de reconvención tendiente a que se condene al demandante a retornar a la AFP las sumas pagadas por concepto de mesada pensional, argumento que reiteró en su recurso de apelación, ya que como lo ha determinado la CSJ, dichos dineros fueron recibidos de buena fe por la demandante y es la AFP demandada quien debe asumir a su cargo el deterioro que se pudo causar en el capital de la cuenta de ahorro individual del señor Hernando Giraldo Gutierrez por el pago de las mesadas³.

Con fundamento en lo dispuesto en la Ley 100/1993, art. 143 inciso 2, en concordancia con el Decreto 692/1994, art. 42 inciso 3, se autorizará a Colpensiones

³ CSJ SL7107 del 2015, SL4489 de 2018, SL232 de 2019 y SL3464 de 2019.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUTIERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



para que, de las diferencias pensionales a pagar, realice los descuentos en salud.

Finalmente, en lo que respecta a las costas impuestas en primera instancia a Porvenir S.A., la Sala deberá recordar que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1º, indica que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc.

En consideración a lo anterior, la normatividad procesal señala que la condena en costas atiende un carácter eminentemente objetivo, por cuanto la imposición de las mismas solo exige que se produzca el vencimiento de la parte a la que obliga con ellas, sin atender ninguna consideración adicional.

En el caso *sub examine*, atendiendo el criterio objetivo antes expuesto, debe decirse que Porvenir S.A., funge en el proceso como demandado y es destinatario de una condena que se materializa en una obligación de hacer y dar, ya que resultó vencido en juicio pese a que presentó oposición a las pretensiones, sin que las mismas fueran avaladas por el juez de primera instancia, por lo que fue acertada la decisión del Ad Quo al imponer a su cargo las costas de primera instancia, de allí que se confirmara este punto de la decisión apelada.

Los anteriores derroteros son suficientes para modificar la decisión apelada, quedando con ello resuelto los recursos presentados y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones.

Las liquidaciones antes mencionadas hacen parte de la providencia y se encuentra anexas a la misma.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones por tanto sus recursos de apelación no fueron resueltos de manera favorable.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUITERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el numeral quinto de la sentencia apelada y en su lugar declarar **CONDENAR** a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir la **afiliación del señor HERNANDO GIRAL GUTIERREZ** y en consecuencia reconocer a el demandante la pensión de vejez con fundamento en las previsiones de la Ley 797 de 2003 a partir del **21 de mayo de 2017** en cuantía de \$5.730.033,12 y a razón de 13 mesadas al año.

SEGUNDO. ADICIONAR la sentencia apelada para **CONDENAR** a **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar al señor **HERNANDO GIRALDO GUTIERREZ** las mesadas pensionales causadas entre el 21 de mayo de 2017 y el 31 de octubre de 2017 y a partir del 1 de noviembre de 2017 deberá pagar las diferencias causadas entre la mesada pensional reconocida por parte de Porvenir S.A., y la aquí liquidada.

Una vez se realice el traslado efectivo del demandante al RPM, Colpensiones comenzará a efectuar el pago de la totalidad de la mesada pensional.

El retroactivo causado entre el 21 de mayo de 2017 y el 31 de octubre de 2017 equivale a **\$36.481.210,86** y en adelante, deberán pagarse las diferencias causadas, para lo cual Colpensiones deberá tener en cuenta que la mesada para el año **2017** equivale a \$5.730.033,12, **2018** a \$5.964.391,47, **2019** a \$6.154.059,12 y **2020** a \$6.387.913,37.

TERCERO. ADICIONAR la sentencia apelada para **CONDENAR** a **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a **indexar** las diferencias pensionales a reconocer mes a mes desde la fecha de su causación hasta la ejecutoria de la providencia, y a partir de la ejecutoria de esta providencia se empezarán a causar los **intereses moratorios** hasta el día del pago efectivo de las diferencias pensionales.

CUARTO. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada para precisar que **PORVENIR S.A** a devolver a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** todos los valores que hubiere

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: HERNANDO GIRALDO GUITERREZ

DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTROS

PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 003 2019 152 01



recibido con motivo de la afiliación del señor **HERNARDO GIRALDO GUITIERREZ**, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, incluyendo las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido.

Además, **PORVENIR S.A.** deberá retornar a **Colpensiones** el bono pensional recibido a nombre del señor **HERNARDO GIRALDO GUITIERREZ**.

QUINTO. ADICIONAR la sentencia apelada para **AUTORIZAR** a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que con fundamento en lo dispuesto en la Ley 100/1993, art. 143 inciso 2, en concordancia con el Decreto 692/1994, art. 42 inciso 3, para que, de las diferencias pensionales a pagar, realice los descuentos en salud.

SEXTO. COSTAS en ambas instancias a cargo de **PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**. Liquidense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV para cada uno.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias>.

En constancia firman,

Los Magistrados,



Se suscribe con firma electrónica
ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO
Magistrado Ponente

MARY ELENA SOLARTE MELO

GERMÁN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 007 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**a54fdc181c9784ab0e338c5eb9e5fe6f4f9147bfcaf59f634163a6a97edea0
3a**

Documento generado en 30/11/2020 10:29:06 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>