

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	DORIS LÓPEZ DE PEREA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 015 2018 00123 01
JUZGADO DE ORIGEN:	QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN Y CONSULTA INEFICACIA/NULIDAD DE TRASLADO, PENSION DE VEJEZ.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 091

Santiago de Cali, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO, GERMAN VARELA COLLAZOS y MARY ELENA SOLARTE MELO quien la preside, previa deliberación en los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia No. 35 del 6 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 418

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la nulidad del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS, se declare que es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez, a partir del 1 de marzo de 2008, intereses moratorios del artículo 141 de la

Ley 100 de 1993, de manera subsidiaria la indexación, costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria pretende se condene a COLFONDOS S.A., al pago de la pensión de vejez, en los mismos términos y prerrogativas que la hubiese concedido COLPENSIONES, pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o indexación de manera subsidiaria, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones señala que:

- i)** Nació el 27 de abril de 1950.
- ii)** Laboró para el Hospital Universitario del Valle, entre el 15 de abril de 1969 y el 6 de septiembre de 1970, para un total de 71,712 semanas.
- iii)** El 15 de mayo de 1973 se afilió al ISS, cotizando al 31 de diciembre de 1994, un total de 728,14 semanas.
- iv)** COLFONDOS S.A. faltó a su deber e información y buen consejo al momento de la afiliación.
- v)** Cotizó a COLFONDOS S.A., desde el 1 de septiembre de 1999 hasta el 30 de febrero de 2008, un total de 451,42 semanas.
- vi)** Cotizó entre el 1 de enero de 1995 al 31 de diciembre de 1998 un total de 193,70 semanas.
- vii)** Contaba con más de 35 años de edad la 1 de abril de 1994 y 765,28 semanas cotizadas.
- viii)** Se traslado al RAIS el 1 de octubre de 1999, fecha para la cual contaba con 993,55 semanas cotizadas.
- ix)** COLFONDOS S.A. nunca le explico que con su traslado perdía el régimen de transición.

- x) En el año 2006 solicitó a COLFONDOS S.A. el traslado al ISS; y en misiva del 25 de abril de 2006, se le informó que el traslado no era viable por que le faltan 10 años o menos para tener derecho a la pensión de vejez.
- xi) En 2006 solicitó al ISS aceptar el traslado de sus aportes, siendo rechazada la petición.
- xii) El 4 de diciembre de 2007, solicitó pensión de vejez ante COLFONDOS S.A.
- xiii) COLFONDOS S.A., el 31 de enero de 2008, resolvió objetar la pensión argumentando que el capital no era suficiente para financiarla, por lo que procede la devolución de saldos, sin aplicar la garantía de pensión mínima.
- xiv) El 14 de junio de 2016, solicitó nulidad de su afiliación y traslado de régimen y pensión de vejez ante COLFONDOS S.A., negada por haberse realizado devolución de saldos y argumentando que no contaba con 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994.
- xv) El 3 de febrero de 2017, solicitó ante COLPENSIONES nulidad de su afiliación, traslado de régimen y pensión de vejez bajo el régimen de transición, solicitud negada por la entidad.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones las de: *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe, prescripción”*.

COLFONDOS S.A.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos s.a., falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho frente*

a Colfondos pensiones y cesantías, situación pensional consolidada-reconocimiento pensional, innominada o genérica”.

La demanda de reconvención fue rechazada mediante auto 3252 del 19 de noviembre de 2019.

Mediante auto interlocutorio 1382 del 31 de mayo de 2019, se integró a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, quien contestó la demanda, manifestando que las pretensiones no están encaminadas en contra de esa entidad y oponiéndose a cualquier responsabilidad subsidiaria en su contra. Propone como excepciones las que denominó: *“buena fe, excepción genérica”*.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EI JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 35 del 6 de febrero de 2020, resolvió:

DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción frente a las mesadas anteriores al 6 de marzo de 2015 y como no probadas las demás excepciones de mérito propuestas.

DECLARAR la nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS.

ORDENAR a COLPENSIONES devolver al Ministerio de Hacienda los dineros que le fueron pagados por devolución de saldos, debidamente indexados desde la fecha de su pago a la fecha de la devolución.

CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez, bajo el régimen de transición, a partir del 7 de marzo de 2015.

CONDENAR a COLPENSIONES a pagar la suma de \$78.785.021, por concepto de mesadas pensionales desde el 6 de marzo de 2015 hasta el 29 de febrero de 2020, y a seguir pagando a partir del mes de marzo de 2020, una mesada pensional de \$1.283.273.

AUTORIZAR a COLPENSIONES para que del retroactivo pensional descuente los aportes a salud.

CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta providencia.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación respecto de la declaratoria de prescripción y los valores recibidos por devolución de saldos, la no condena en costas y el reconocimiento de intereses moratorios. Indica que la demandante no puede verse afectada por la mala actuación de las entidades demandadas, pues desde el 2006 solicitó el traslado de régimen. Sobre los intereses moratorios señala que se deben reconocer partir de la reclamación del 14 de julio de 2016, es decir vencido el término establecido para que las entidades resuelvan las pretensiones y de no concederse debe reconocerse la indexación de las mesadas sobre las que no se reconocen intereses.

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, solicitando se autorice descontar de las mesadas pensionales, indexación o intereses moratorios que se causen, el valor restante del saldo de la cuenta de ahorro individual que tenía la afiliada, teniendo en cuenta que así se garantiza el recaudo de los dineros que financian las prestaciones.

La apoderada de MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, manifestando que se tenga por válida la afiliación, por los actos jurídicos posteriores, para el caso la devolución de saldo. Si se confirma la ineficacia lo que procede es el reintegro de la devolución y del bono pensional emitido en su momento.

Se examina también por consulta en favor de COLPENSIONES, -artículo 69 CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007-.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del plazo conferido, presentaron alegatos de conclusión COLPENSIONES y la demandante.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no se constituyen en una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado ante el a quo.

2. CONSIDERACIONES

No advierte la sala violación de derecho fundamental alguno, así como tampoco ausencia de presupuestos procesales que conlleven a una nulidad.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en las pruebas aportadas al proceso, la Sala procederá a resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Es ineficaz el traslado de régimen de la demandante?, o, por el contrario, ¿es válida su afiliación al RAIS?, y de ser lo primero, ¿debe entenderse que la demandante nunca se afilió a COLFONDOS S.A.? procede la devolución de los gastos de administración y recursos pagados por devolución de saldos?

¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del RPM? De ser así establecer el monto de la mesada pensional, determinar si ha operado el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas y si hay lugar a la causación de intereses moratorios.

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se modificará y adicionará**, por las siguientes razones:

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 que: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”**

Y a su vez, de manera expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para el empleador o cualquier persona natural o jurídica que:

*“impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”, con la consecuencia que **“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (...).”***

Por su parte, el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, señala que los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.

Y a su vez, el inciso 2° del Art. 2 del Decreto 1642 de 1995, que reglamenta la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que **“La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”**

La demandante venía vinculada válidamente al RMP desde el 15 de abril de 1969 (fl. 39-46) hasta el 1 de octubre de 1999 (f. 94), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a COLFONDOS S.A.

El artículo 11 del Decreto 692 de 1994, establece que el trámite para la selección y vinculación que implica la aceptación de las condiciones propias del régimen para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, debe ser libre y voluntario por parte del afiliado, manifestando sin lugar a dudas, que exista la voluntad y el consentimiento debidamente informado de cuáles son las condiciones en las que se va a verificar esa vinculación.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, en el formulario se deberá consignar que la decisión de trasladarse se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, para lo cual el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero esto no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, sus beneficios y desventajas.

A este respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en **sentencia del 3 de septiembre de 2014**, radicación 46292, SL12136 MP. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó que para efectos de optar por alguno de

los dos (2) regímenes pensionales existentes “...el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigente, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»;...”

Refiere además la Corporación que, cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la conservación del régimen de prima media con ley 100 de 1993 y sus reformas, o la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se hace necesario, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro, pues a su juicio, **“no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.”**

Además, ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, las AFP tiene el deber de brindar información a los afiliados o usuarios sobre el sistema pensional, correspondiendo a los jueces evaluar el cumplimiento de esta obligación; sin que sea suficiente para acreditar el cumplimiento de este deber, el simple consentimiento plasmado en el formulario de afiliación, por lo que se requiere de un «*consentimiento informado*», pues se trata de que el afiliado tenga elementos de juicio que le permitan evaluar la trascendencia de la decisión que adopta, correspondiendo la carga de la prueba respecto a estos aspectos relacionados con el suministro de información a los fondos de pensiones, operando una inversión de la carga probatoria en favor del afiliado demandante¹.

Además, la Corte Suprema en Sentencia SL1452-2019, sostuvo:

“Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de

¹ CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL19447-2017; SL 1452-2019; SL 4360-2019.

proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera”.

Ahora, respecto al deber de información en la sentencia SL1452-2019, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral hace una amplia explicación de la evolución que ha tenido, dividiéndolo en etapas. La corporación sostiene que la prestación de un servicio público esencial con la incursión en el sistema de seguridad social de actores privados, como es el caso de las AFP del RAIS, ha estado desde un principio, sujeta a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba, entendiendo que la escogencia *libre y voluntaria* del régimen pensional necesariamente implica *conocimiento*, el cual solo se obtiene cuando se “saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole”. Encontrándose este aspecto establecido desde el Decreto 663 de 1993, y posteriormente en Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Para efectos ilustrativos se transcribe el cuadro de etapas traído en la sentencia mencionada en precedencia.

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que COLFONDOS S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, le suministrara al afiliado una “suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras”, situación que no aconteció, pues la única prueba que reposa en el expediente respecto de la afiliación de la demandante, es el formato SIAF de emitido por ASOFONDOS (f. 94), situación que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en él se impone en forma genérica la leyenda de que la escogencia del Régimen de Ahorro Individual se realizó “en forma libre, espontánea y sin presiones”.

Así pues, no se demuestra que COLFONDOS S.A. haya desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, pues lo cierto es que no se realizó ninguna

proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS, ni se le informó respecto de la diferencia en el pago de aportes, y demás condiciones y diferencias entre los dos regímenes pensionales, así como beneficios y desventajas, con lo cual se concluye que no ha cumplido con la carga probatoria que les incumbe a la luz de lo dicho por la jurisprudencia².

No hay prueba en el expediente, y tenía COLFONDOS S.A. la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del CC., omisión con la cual se genera la ineficacia del cambio de régimen, en razón a que la vinculación o afiliación al RAIS en estos términos no es válida.

Respecto de las implicaciones como consecuencia de la ineficacia y/o nulidad del traslado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4360-2019, estableció que, tanto para la ineficacia como para la nulidad del traslado de régimen, “...*que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda...*” y esta es que se debe declarar que “...*el negocio jurídico no se ha celebrado jamás*”, sosteniendo que:

“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, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.”

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 las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”

Teniendo en cuenta lo expuesto por el alto tribunal laboral, dada la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, se tiene que la actora nunca salió del primero, conservando todos los beneficios a que tuviere derecho de no haberse retirado, esto incluido el beneficio del régimen de transición si hubiera el caso³. Adicionalmente, es COLPENSIONES como administradora de dicho régimen, quien está llamada a reconocer la pensión de vejez, incluido el pago de retroactivo pensional, pues este se genera con ocasión del pago de las mesadas generadas a partir de la causación del derecho y el momento en que se realiza el ingreso en nómina respectivo.

Ahora bien, mediante comunicación BP-R-I-L-0711-01-08 COLFONDOS S.A. informó a la demandante que procede con la devolución de saldos, dado que no cumple con el capital necesario para financiar la pensión de vejez. Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4721-2021, ha determinado la procedencia de la ineficacia de traslado para casos en los que se ha realizado devolución de saldos en el RAIS y sobre sus implicaciones indicó:

“Para defender esta inferencia, la Corte ha planteado que: i) si bien la jurisprudencia ha defendido que no hay lugar a la restitución de los dineros recibidos de buena fe, ello ha estado referido a prestaciones periódicas, como las mesadas, pero no para devolución de saldos; ii) procede la compensación cuando se concede el derecho principal, esto es, la pensión, ya que los dineros de la cuenta de ahorro individual son el cimiento financiero de dicha asignación; iii) si se reintegra el capital al trabajador en estos eventos, debe entenderse ese pago a título provisional, hasta que se defina si se tiene o no derecho a la acreencia pensional y, iv) el no regresar dicho peculio vulnera el principio de solidaridad, por tener en cuenta dos veces los mismos aportes para obtener un doble beneficio del sistema de seguridad social.

³ SL4360-2019: *Trayendo a colación lo expuesto y como quiera que en este caso es una medida factible la vuelta al statu quo ante, la Sala declarará la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que Gloria Inés Restrepo nunca migró al régimen privado de pensiones o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, en consecuencia, no perdió los beneficios de la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con más de 35 años de edad al 1.º de abril de 1994 y bajo las reglas del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 alcanzó la densidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez.*

De conformidad a estas premisas, se pronunció la Sala en reciente sentencia CSJ SL3464-2019, que reiteró el criterio plasmado en las providencias CSJ SL3186-2015 y CSJ SL6558-2017, de la siguiente manera:

Si bien la jurisprudencia ha defendido que no hay lugar a la restitución de los dineros recibidos de buena fe, ello ha estado referido a prestaciones periódicas, tales como las pensiones (CSJ SL 26279, 25 oct., 2005; CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 55500, 10 abr. 2013; CSJ SL703-2013; CSJ SL7107-2015; CSJ SL4489-2018; CSJ SL232-2019)

En contraste, respecto a la devolución de los saldos o de las cotizaciones, esta Sala ha dicho que, de ordenarse el reconocimiento del derecho principal -la pensión-, procede su compensación o restitución, pues estos recursos son el soporte financiero de la prestación pensional. En efecto, en sentencia CSJ SL3186-2015, reiterada en CSJ SL6558-2017, la Sala adoctrinó:

Es evidente que el sistema de seguridad social en pensiones, de carácter contributivo, instituido por la Ley 100 de 1993, tiene como sustento que el afiliado cumpla con una densidad de cotizaciones que son las que le garantizan el acceso a la protección de las contingencias de vejez, invalidez y muerte.

Ese capital destinado a la financiación de las prestaciones, en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, en el caso de la devolución de saldos, debe entenderse hecho a título provisional, hasta que se defina si se tiene o no derecho a la pensión, caso último en el cual lo que procede es la restitución para que se financie.

Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal i) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

En tal orden, es indispensable la recuperación de los valores entregados a los afiliados o beneficiarios por concepto de devolución de saldos o indemnización sustitutiva, en la medida que estos recursos son el soporte financiero de la pensión. Esta es la razón por la que la pensión y la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva son prestaciones incompatibles, pues la percepción de la primera se nutre de las cotizaciones base de liquidación de las segundas.

De admitirse lo contrario, el afiliado, en contravía de los fines solidarios de la seguridad social, podría percibir dos prestaciones por cuenta de un mismo riesgo: la vejez. O dicho de otro modo, contabilizar dos veces las mismas cotizaciones para obtener un doble beneficio del sistema.

Así las cosas, es evidente el error del ad quem al considerar que no procede la compensación solicitada como medio de defensa por parte de Protección S. A.,

pues allende de la conducta de la convocada, debió el fallador tener en cuenta la estructura del sistema de seguridad social en pensiones en cuanto a su sostenibilidad financiera y a sus principios esenciales como el de la solidaridad, pues son los que se ven afectados con dicha decisión.”

Así las cosas, concluye la Sala que el haberse reconocido devolución de saldos a la demandante por parte de COLFONDOS S.A., no impide la declaración de ineficacia del traslado de régimen, pero procede la devolución o compensación del valor recibido por parte de la afiliada; sin embargo, dicha suma, deberá ser descontada de los recursos que COLPENSIONES deba pagar a la demandante de proceder el reconocimiento de la pensión de vejez.

Conforme a lo expuesto, resulta procedente la condena impuesta por el *a quo*, debiendo adiccionarla para ordenar a COLFONDOS S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, éstos últimos, conforme lo señala la jurisprudencia⁴ indexados y con cargo a su propio patrimonio. Se impondrá a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin cargas adicionales a la afiliada.

No prospera la prescripción, pues en tratándose de derechos en materia de seguridad social, como lo es la libre escogencia de régimen, se tornan imprescriptibles e irrenunciables conforme lo señala el artículo 48 de la CP y la jurisprudencia⁵.

PENSIÓN DE VEJEZ

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL3745 -2020, estableció:

⁴ “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 las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”.

⁵ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

“Es necesario recordar que la declaratoria de ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante demandante al régimen de ahorro individual, hace que las cosas retornen al estado anterior (CSJ SL4989-2018); por tal razón, es claro que la actora jamás perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993...”

El artículo 36 de Ley 100 de 1993, establece:

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

La demandante nació el 27 de abril de 1950 (f. 34), por tanto, al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 43 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que es procedente estudiar su prestación bajo el Acuerdo 049 de 1990.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, tiene como requisitos para acceder a la prestación por vejez, el cumplimiento de 55 años para el caso de las mujeres y acreditar 1.000 semanas en cualquier tiempo o 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión.

Dada la fecha de nacimiento de la demandante, el 27 de abril de 1950, los 55 años de edad los cumple el mismo día y mes del año 2005, acreditando el primer requisito.

Ahora, respecto de las semanas cotizadas, la demandante alcanza las 1.000 semanas de cotización para el 31 de diciembre de 1999, por tanto, al cumplimiento de la edad 27 de abril de 2005, completa el lleno de requisitos para acceder a la pensión de vejez, no obstante, presenta aportes hasta el ciclo de febrero de 2008, teniendo en principio derecho al pago de su pensión a partir del 1 de marzo de 2008.

El término trienal de prescripción se contabilizara a partir de la radicación de la demanda, lo que ocurrió el 5 de marzo de 2018 (f. 25 – 01ExpedienteDiogitalizado), pues COLPENSIONES no tenía la facultad ni para determinar la nulidad del traslado ni para reconocer la pensión con anterioridad a la reclamación de estos derechos por vía judicial, por tanto concluye la Sala que operaría el fenómeno prescriptivo respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 5 de marzo de 2015, por lo que al ser motivo de apelación, se modificará en este punto la decisión bajo estudio.

El artículo 21 de la Ley 100 de 1993, establece que el ingreso base de liquidación, debe calcularse con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, o en toda su vida laboral si este es más favorable, si acredita más de 1.250 semanas de cotización.

Se determinó en primera instancia que la opción más favorable para el cálculo del IBL es con el promedio de aportes de los últimos 10 años, con un valor de \$890.362 para el año 2008, con una tasa de reemplazo de 90%, correspondiendo una mesada de \$801.326. Realizados los cálculos respectivos encontró la sala un IBL \$882.254, valor ligeramente inferior al reconocido en primera instancia, siendo procedente la modificación de la decisión por estudiarse también en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Así las cosas, se adeuda a la demandante la suma de **SESENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL CIENTO NUEVE PESOS (\$66.310.109)**, por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 6 de marzo de 2015 y el 31 de octubre de 2022.

DESDE	HASTA	VARIACION	#MES	MESADA CALCULADA	RETROACTIVO
1/03/2008	31/12/2008	0,0767	12,00	\$ 882.254	PRESCRIPCIÓN
1/01/2009	31/12/2009	0,0200	14,00	\$ 949.923	
1/01/2010	31/12/2010	0,0317	14,00	\$ 968.921	
1/01/2011	31/12/2011	0,0373	14,00	\$ 999.636	
1/01/2012	31/12/2012	0,0244	14,00	\$ 1.036.923	
1/01/2013	31/12/2013	0,0194	14,00	\$ 1.062.223	
1/01/2014	31/12/2014	0,0366	14,00	\$ 1.082.831	
5/03/2015	31/12/2015	0,0677	11,87	\$ 1.122.462	\$ 13.319.885
1/01/2016	31/12/2016	0,0575	14,00	\$ 1.198.453	\$ 16.778.341
1/01/2017	31/12/2017	0,0409	14,00	\$ 1.267.364	\$ 17.743.095
1/01/2018	31/12/2018	0,0318	14,00	\$ 1.319.199	\$ 18.468.788
1/01/2019	31/12/2019	0,0380	14,00	\$ 1.361.150	\$ 19.056.095
1/01/2020	31/12/2020	0,0161	14,00	\$ 1.412.873	\$ 19.780.227
1/01/2021	31/12/2021	0,0562	14,00	\$ 1.435.621	\$ 20.098.689
1/01/2022	31/10/2022		11,00	\$ 1.516.303	\$ 16.679.328
TOTAL RETROACTIVO DE LA DIFERENCIA ENTRE EL					\$ 66.310.109

Conforme se estableció en líneas precedentes, se autorizará a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional y mesadas por reconocer, el valor que por concepto de devolución de saldos le fuera pagada en su momento por parte de COLFONDOS S.A., suma que deberá ser indexada.

Teniendo en cuenta que la obligación de COLPENSIONES sobre el reconocimiento de la prestación únicamente nace con la declaratoria de la ineficacia del traslado, no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 al vencimiento del plazo de gracia consagrado en el Art. 9 de la Ley 797 de 2003; no obstante, una vez en firma esta decisión, la entidad está en la obligación de reconocer y pagar la prestación de vejez, por lo que se confirmará el reconocimiento de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta el pago de la obligación.

Teniendo en cuenta cuales son las consecuencias de la ineficacia del traslado y toda vez que se ordenará a descontar del retroactivo pensional el valor correspondiente a la devolución de saldos, no hay lugar a devolver al MINISTERIO DE HACIENDA los dineros pagados por este concepto, por lo que será revocado este numeral.

Conforme a lo expuesto, se modificará y adicionará la sentencia bajo estudio, condenando en costas a COLPENSIONES. No se causan costas por la consulta

<artículo 392 CPC, modificado artículo 365 CGP, aplicable por analogía, artículo 145 CPTSS>.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia No. 35 del 6 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración indexados y con cargo a su propio patrimonio.

SEGUNDO.- REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia No. 35 del 6 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO.- MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la sentencia No. 35 del 6 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a la señora **DORIS LÓPEZ DE PEREA**, de notas civiles conocidas en el proceso, pensión de vejez de carácter vitalicia, bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, a partir del 5 de marzo de 2015.

CUARTO.- MODIFICAR el numeral **SEXTO** de la sentencia No. 35 del 6 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar a la señora **DORIS LÓPEZ DE PEREA**, la suma de **SESENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL CIENTO NUEVE PESOS (\$66.310.109)**, por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 6 de marzo de 2015 y el 31 de octubre de 2022, y a seguir pagando a partir del 1 de noviembre de 2022, una mesada pensional de **UN MILLÓN QUINIENTOS DIECISÉIS MIL TRESCIENTOS TRES PESOS (\$1.516.333)**.

QUINTO.- ADICIONAR la sentencia No. 35 del 6 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **AUTORIZAR** a

COLPENSIONES a que del retroactivo pensional y mesadas futuras, descuenta el valor que por concepto de devolución de saldos le fuera pagado en su momento por COLFONDOS S.A., a la señora **DORIS LÓPEZ DE PEREA**, suma que deberá ser debidamente indexada.

SEXTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

SÉPTIMO.- SIN COSTAS en esta instancia.

OCTAVO.- NOTIFÍQUESE esta decisión mediante inserción en la página web de la Rama Judicial. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-006-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/29>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARY ELENA SOLARTE MELO

Con firma electrónica


ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO


GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

Mary Elena Solarte Melo

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 006 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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: **3a10a0240f1d6d0c85c69de104c1c5d4aaa610aa6075f904ebd5541c2d788071**

Documento generado en 30/11/2022 07:06:12 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>