

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE GERMAN OCAMPO GUAYARA
VS. PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES
Litis: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
RADICACIÓN: 760013105 016 2017 00593 01

Hoy treinta (30) de septiembre de 2022, surtido el trámite previsto en el artículo 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 **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, resuelve la **APELACIÓN** de la parte DEMANDANTE, respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **GERMAN OCAMPO GUAYARA** contra **PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, siendo integrado en el litisconsorcio necesario el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, con radicación No. **760013105 016 2017 00593 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo 13 de julio de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 46**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el Acuerdo PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022, en ambiente preferente virtual.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la **apelación** en esta que corresponde a la...

SENTENCIA NÚMERO 324

ANTECEDENTES

La pretensión del demandante en esta causa se orienta a obtener la declaratoria de la nulidad absoluta del traslado del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad. Así mismo pretendió el reconocimiento de la pensión de vejez en los términos del parágrafo 4 del artículo 9 de la ley 797 de 2003, a partir de 6 de mayo de 2011, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Solicitó se ordene a Colfondos S.A. trasladar de su propio patrimonio a Colpensiones, la totalidad del bono pensional, más el ahorro realizado, con sus respectivos rendimientos, que ascienden a \$104'705.111.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó el demandante a través de su apoderado judicial, que cotizó al Instituto de Seguros Sociales entre el 13 de marzo de 1974 y el 16 de noviembre de 1996, reuniendo un total de 872.43 semanas.

Señaló que en diciembre de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A., moviéndose entre diferentes AFP`s como Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

Indicó que el régimen de ahorro individual efectuó cotizaciones desde diciembre de 1993 hasta mayo de 2003, sumando en total 334.29 semanas

Aseveró que Porvenir al momento de afiliarlo no cumplió con la obligación de informarle de manera clara y objetiva sobre la conveniencia de trasladarse al régimen de ahorro individual y por el contrario, de manera irresponsable le ofreció beneficios inexistentes a través de publicidad engañosa.

Dijo que el día 05 de abril de 2010, fue calificado por la aseguradora MAFRE DE COLOMBIA, con una pérdida de capacidad laboral del 52.45%, de origen común con fecha de estructuración 30 de septiembre de 2009.

Refirió que la Junta Regional de Calificación del Estado del Invalidez del Valle, mediante dictamen del 17 de diciembre de 2010, resolvió recurso de apelación presentado contra el dictamen referido y lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 53.84% de origen común con fecha de estructuración 30 de diciembre de 2009.

Que solicitó ante Colfondos la pensión de invalidez, pero la entidad mediante comunicación del 04 de noviembre de 2010, resolvió objetar la solicitud de pensión de invalidez, presentada por él, argumentando que el solicitante no cumplía con los requisitos de haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, establecidos en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley de 1993.

Señaló que COLFONDOS, le reconoció y pagó la suma de \$104'705.111, por concepto de devolución de saldos.

Reiteró que cotizó válidamente al sistema General de Pensiones 1.206,72 semanas, razón por la que el 03 de agosto de 2017, solicitó ante COLPENSIONES, la nulidad del traslado realizado al régimen de ahorro individual y el reconocimiento pago de la pensión de vejez en los términos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, recibiendo la negativa de la entidad.

Que el 10 de agosto de 2017, solicitó ante Colfondos S.A., la nulidad del traslado realizado hacia esa administradora en el mes de diciembre de 1996, siendo negada su solicitud.

Las demandadas **PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, se opusieron a las pretensiones, pues consideraron que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo. Colpensiones propuso la excepción de prescripción (fl. 138 pdf).

COLFONDOS S.A. adicionalmente indicó que, el actor recibió por parte de COLFONDOS SA. el 28 de febrero de 2011 la suma de \$104'248.923 y el 27

de mayo de 2011 la suma de \$104'705.111 correspondiente a la devolución de aportes y/o saldos con ocasión de la pensión de invalidez, circunstancia que es reconocida parcialmente por la parte actora. Continuó señalando que para la entidad resulta materialmente imposible trasladar sumas de dinero puesto que a la fecha, la cuenta de ahorro pensional de la parte demandante se encuentra cancelada y, el reconocimiento y pago de la suma pretendida por la parte actora resultaría un enriquecimiento sin justa causa del actor; quedando en evidencia la mala fe de éste al pretender un traslado de régimen pensional, que por disposición legal no es procedente porque ya solicitó devolución de saldos ante Colfondos S.A., y su cuenta de ahorro individual se encuentra en estado cancelado en esa Sociedad Administradora.

Finalmente el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, indicó que en el caso que se considere viable la solicitud de ineficacia de afiliación al RAIS y el consecuente traslado o retorno del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, GERMAN OCAMPO GUAYARA debe reintegrar a la AFP COLFONDOS las sumas que recibió por devolución de saldos por Invalidez, dada la incompatibilidad o exclusión que existe entre las prestaciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS y las que otorga el Régimen de Prima Media con Prestación Definida IRPMPD), de conformidad lo establecido en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993. Cumplido lo anterior, la AFP debe reintegrar la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO el valor reconocido por concepto de Bono Pensional que fue emitido y pagado anticipadamente por invalidez al señor GERMAN OCAMPO GUAYARA, reintegro que debe efectuarse debidamente actualizado (IPC) desde la fecha de pago hasta la fecha en que se haga el respectivo reintegro.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI profirió sentencia absolutoria, tras considerar que en el presente asunto el actor, solicitó la nulidad de traslado para que posteriormente Colpensiones, reconozca y pague una pensión anticipada de

vejez por deficiencia física, psíquica o sensorial, pensión que tiene en ambos regímenes los mismos requisitos legales para acceder a la prestación y con la misma liquidación para establecer el monto pensional, circunstancia que considera, no tiene sentido la solicitud de nulidad de traslado de régimen, pues no se está ante un mejor beneficio que pueda conceder el régimen de prima media administrado por Colpensiones, entendiéndose que no hubo engaño, pues son los mismos requisitos que se exigen para ambos regímenes.

Advirtió que el demandante recibió la devolución de saldos, sin que cuestionara el desconocimiento de beneficios para cuando cumpliera los beneficios de pensión, siendo un hecho consumado, sin que se pueda hablar de existencia de vicios en el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, por falta de información adecuada, oportuna o diligente sobre un derecho pensional que cuenta con los mismos requisitos y beneficios en ambos regímenes.

Resaltó que Colfondos negó la pensión de invalidez solicitada por el actor, pues no contaba con 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, reconociéndole la devolución de los aportes el 28 de febrero de 2011 en cuantía de \$104'248.923 y el 27 de mayo del mismo año \$104'705.111, para un total de \$208'954.034 correspondiente a saldos ocasionados por la invalidez. Indicó que para el momento de la solicitud, el único derecho con el que contaba era la devolución de los aportes, pues cuando éstos le fueron otorgados, aun no tenía la edad para beneficiarse de la pensión de vejez anticipada por invalidez

APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte **DEMANDANTE** apeló la sentencia argumentando que dentro de las condiciones procesales no puede obviarse la estructura del precedente jurisprudencial presentado por la Corte Suprema de Justicia en atención a la probanza que recae en cabeza de los fondos de pensiones privados establecidos como recuento normativo dentro de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo que al momento

de generarse la modificación o corrección de traslado del señor German Ocampo del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, no lograron probar las entidades administradoras de pensiones del régimen privado haber brindado la asesoría correspondiente, completa y permanente para el reconocimiento de la referida mesada pensional.

Indicó que el incumplimiento del deber probatorio de las entidades demandadas, resulta de vital importancia establecer que deben aplicarse los postulados referidos en la sentencia número 31989 de 2008 de la Corte Suprema de Justicia, en la que resolvió una situación similar a la discutida en el presente asunto.

Señaló que dentro de la sentencia SL 4108 de 2020, por primera vez la Corte Suprema de Justicia, resolvió la condición y estableció que la mencionada pensión del artículo 33 de la ley 100 de 1993, también es de reconocimiento por parte de los fondos privados. Indicó que no podría haberse reclamado un derecho que a la luz de la interpretación del momento de la reclamación, no era ostentado para el reconocimiento en el régimen de ahorro individual.

Resaltó que la prestación reclamada, se encuentra ubicada en la ley 100 de 1993, dentro de las prestaciones a cargo del régimen de prima media y no en el de ahorro individual.

Indicó que el demandante, tramitó ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, proceso ordinario laboral contra de Colpensiones, en procura del reconocimiento de la pensión de invalidez, pretensión que le fue negada.

Afirmó que la suma recibida por el demandante por concepto de devolución de saldos, jamás puede ser equiparada con la mesada pensional que se le reconocería.

Advirtió que la prestación reclamada es la pensión de vejez anticipada por invalidez, situación que si dista en su forma de liquidación respecto de la

manera como se haría en el RAIS, pues lo correcto es liquidarse conforme las previsiones del artículo 21 de la ley 100 de 1993.

Insistió en las razones para declarar la ineficacia del traslado de régimen, pues se busca una mejora.

Señaló que el actor reúne las exigencias del párrafo del artículo 33 de la ley 100 de 1993, pues cuenta con más de 55 años y con más de 1.000 semanas cotizadas, prestación que procede desde la última cotización realizada por German Ocampo, correspondiéndole una mesada pensional inicial de \$1'111.414.

Consideró que la *A quo* no resolvió de forma clara la pretensión de reconocimiento de pensión, confundiendo varios conceptos, e indicando condiciones que no son homólogas o idénticas en los dos regímenes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 19 de noviembre de 2021, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la ley 2213 de 2022.

Dentro del término la parte DEMANDANTE, las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y el integrado en el litisconsorcio necesario MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, a través de memoriales allegados al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentaron alegatos de conclusión en los cuales ratificaron lo expuesto en la demanda, contestación de la demanda y en el recurso de apelación, respectivamente.

Las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. guardaron silencio

CONSIDERACIONES:

Como cuestión de primer orden, se resalta que de conformidad con el principio de la consonancia, establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., *“la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*. De cara a lo que es objeto de debate, materia de apelación y consulta, le corresponde a la Sala establecer por el análisis fáctico y jurídico de la actuación de primera instancia si ¿El traslado de régimen del demandante resulta nulo o ineficaz? Y de ser así si le asiste derecho a la pensión de vejez anticipada por invalidez en los términos solicitados en la demanda.

Dentro del plenario quedó acreditado que **GERMAN OCAMPO GUAYARA** nació el 06 de mayo de 1956, efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, desde el 13 de marzo de 1974, trasladándose al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP PORVENIR S.A., el 1º de enero de 1997, y entre AFP's a **PROTECCIÓN S.A.** y a **COLFONDOS S.A.**, tal como se registra en el certificado de Asofondos.

Así mismo, de la documental allegada se extrae que el demandante prestó servicios como **trabajador del sector privado** previo a su traslado al ahorro individual.

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen, pues pide la demandante se declare nula, al considerar que la AFP PORVENIR S.A. no cumplió con la obligación de legal de informarle sobre el derecho de retractarse de la afiliación, así como tampoco le informó de manera clara y objetiva sobre la conveniencia de trasladarse de régimen y por el contrario de manera irresponsable le ofreció beneficios inexistentes utilizando publicidad engañosa.

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 el artículo 114 ibídem expresa: "Requisito para el Traslado de Régimen: Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera **libre, espontánea y sin presiones** (...)"*

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 (...)"*.

De modo similar, el artículo 3° del decreto 692 de 1994, (compilado por el Decreto 1833 de 2016) que reglamentó en forma parcial la ley 100 de 1993, señala que a partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, "podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen." Esto es el Régimen solidario de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Y el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó 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".

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso de la demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera

libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

Ahora, la toma de una determinación de tanta trascendencia, para que sea realmente ejecutada con libertad y seleccionando entre las posibilidades de regímenes pensionales, debe surtir de manera informada e ilustrada al punto de generar la comprensión en su receptor.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias SL-3871, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, 3349, 2946, 2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 1309, **1217**, 782, y 373 de 2021, STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-4811, 4373, 4806, 2877, 2611 de 2020, SL-5630, 4426, **4360**, 5031, **3464 (14-08-2019)**, 2652, **1689**, **1688**, **1421**, **1452**, SL-76284-2019, **SL4989**, **4964**, 2372, SL17595 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)¹, **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortiz), **33.083 del 22 de noviembre de 2011** y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), del **9 de septiembre de 2008**, rad. **31989** (M.P. Eduardo López Villegas) y **31314** del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

¹ “En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica”. (...) “La administradora de pensiones del régimen de ahorro individual tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor que fue anulada, con todos sus intereses y rendimientos que se hubieren causado”. Y que “Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros y en ese orden la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de la nulidad, no debe asumir la mora en el pago íntegro del derecho pensional”.

Las decisiones de los años 2019-2021 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el párrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

Esto es *“no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público”*. De ahí que no se pueda hacer referencia al principio de conservación de un contrato cosificando al ser humano y sus necesidades ante las contingencias que salvaguardan los derechos sociales.

Lo cual implica, en síntesis para la Corte:

- *“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”.

- *Un “análisis previo, calificado y holístico 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 perjudicarlo.*
- *El derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

Se pasó de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría y la necesidad de evaluar judicialmente el cumplimiento de tal complejo deber, de acuerdo con el momento histórico.

Dijo la Sala de Casación Laboral (SL-19447-2017) “(...) *es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe (...)*” lo cual impacta en la carga de la prueba que le incumbe a quien debió emplear diligencia y cuidado (artículo 1604 C.C.), para concluir la Corte en dicha sentencia y en la citada del año 2010 “(...) *existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional*” y que *la ineficacia no puede supeditarse a que “el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse”* SL-1452-2019.

En el año 2020 a través de fallos de tutela la Sala de Casación Laboral en sentencia STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo,

aclara voto Luis Benedicto Herrera Díaz y salva voto Jorge Luis Quiroz Alemán), explicó que para apartarse de dicho precedente “*la autoridad judicial solo puede distanciarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso bien por: i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, ii) cambios normativos, iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015)*”, situación ratificada en fallos STL11868-2021 y STL11430-2021.

Y la Sala de Casación Penal de la C.S.J. también emitió sentencias STP17447 de 2019 (M.P. Eyder Patiño Cabrera) y STP12082-2019 amparó el derecho al debido proceso por violación al precedente de la Sala Laboral.

En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, las AFP’s **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.** al momento de realizar la vinculación con el hoy demandante, le suministraran 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.

En efecto, las AFP’s **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, no demostraron haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba al demandante su incorporación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, para permitirle valorar las consecuencias negativas de su traslado <desventajas y riesgos>, pues lo cierto es que las AFP’s **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, no realizaron una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba

en el ISS hoy COLPENSIONES, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS.

En este sentido, no se prueba con la documental, la asesoría completa que aducen las demandadas, por tanto, el demandante desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, ni su modalidad de financiación, lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas. Falencia que se fortalece en el hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas.

Surge de lo dicho que ninguna prueba se aporta al expediente respecto a la entrega de una información con las características requeridas, pese a estar radicada en cabeza de las AFP's la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del C.C. Y, en suma, no se efectuó un real estudio de las posibles ventajas o desventajas frente al traslado al momento del acto de vinculación, omisión con la cual se genera la ineficacia –en sentido estricto o de pleno derecho- del cambio de régimen conforme lo señala la ley y la jurisprudencia, y no una nulidad de traslado (porque el afiliado tiene capacidad para contratar, no hay vicios del consentimiento, no hay causa u objeto ilícito).

De acuerdo con la situación fáctica planteada, habrá de revocarse la sentencia absolutoria apelada y, en su lugar, se declarará que resulta ineficaz el traslado **–en sentido estricto o de pleno derecho- que el 1º de enero de 1997,** realizó GERMAN OCAMPO GUAYARA del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP **PORVENIR S.A.** y su posterior traslado entre AFP's a **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación del demandante, al igual que los bonos pensionales y

rendimientos financieros², historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese, así como también la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la ley 100 de 1993 y comisiones de todo tipo a cargo de su propio patrimonio. Además de las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima (Decreto 3995 de 2008, art. 7, compilado en el D. 1833 de 2016), pues no puede afectarse la cotización pensional con la distribución propia del RAIS. Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, diferente a la indexación de que se duele la apelante, y que se revoca por el estudio en consulta a favor de COLPENSIONES. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³).

Condenas que deberán asumir las AFP's demandadas **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, por los respectivos períodos de afiliación, sentido en el que se adicionará la decisión de primera instancia, por cuanto, el deber de información recaía en cada momento procesal respecto de cada una de ellas, máxime que en esta cadena de traslados, se visualizan inconsultos, por razón de la cesión o absorción entre Fondos.

Frente a este tipo de situaciones resulta imprescindible señalar que además de exigirse la vinculación procesal expresa de las aquí demandadas, en ellas recaen como absorbente o cesionaria de jure, todas las obligaciones del absorbido o cedente, y por ende, se responsabilizan de la demostración del

² CSJ SCL, Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: "La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, 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, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada..."

³ Artículo 1746 C.C. Efectos de la declaratoria de nulidad. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (...)"

M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

cumplimiento del deber de información y las consecuencias de no hacerlo, dentro de sus respectivos períodos de vinculación.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales de la demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación de la demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberá subsanar **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP el fondo público no percibió dividendo, ni utilidad alguna. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

Así mismo se impone a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado. Esto porque resulta innecesaria la exigencia de equivalencia del ahorro contenida en los decretos 3800 de 2003 (literal b) del artículo 3º) y 3995 de 2008. Véase al efecto, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001-03-25-000-2007-00054-00 (1095-07) del 6 de abril de 2011 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

Artículo que en su totalidad ya había sido suspendido provisionalmente mediante auto proferido el 5 de marzo de 2009 (confirmado 4-08-2010) por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación⁴, al afirmar:

⁴ No. radicación 110010325000200800070 00 (1975-08) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Mediante auto del 4 de agosto de 2010 se resolvió no reponer el auto de 5 de marzo de 2009 proferido por la Sección.

“La exigencia resultaba lesiva, en su mayoría, para quienes tenían la intención de volver al régimen de prima media, pues el saldo de la cuenta pensional, incluyendo los rendimientos, no resultaba suficiente para equiparar la rentabilidad que obtiene el fondo común que administra el Instituto de Seguros Sociales. Además, la rentabilidad obtenida es una circunstancia totalmente ajena al aportante”.

En igual sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencias del 31-01-2007, rad. 27465; 1-12-2009, rad.36301; 9-03-2010, rad. 35406; 14-11-2012, rad. 38366; 14-11-2012, rad.38366, en las cuales se afirmó:

“No resulta razonable exigir a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresan del RAI al RPM, y cumplen el requisito de 15 años o más de servicios o de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, la equivalencia de los aportes legales, puesto que se trata de una exigencia que no fue contemplada por el legislador.”

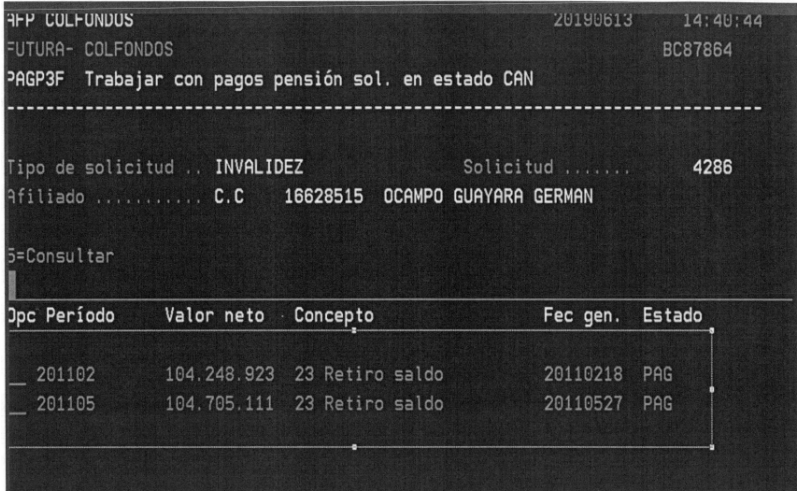
Ahora respecto de la prescripción, basta rememorar que de tiempo atrás tiene decantado la jurisprudencia Constitucional y de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que i) el derecho a la pensión no prescribe, en tal virtud, tampoco, pueden prescribir cualquiera de los elementos que lo configuren, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; ii) *“las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida (...)”* [AL1663-2018, AL3807-2018], esto es, tras la búsqueda *“demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico”* (SL1421-2019), lo cual torna inaplicable la excepción de prescripción y iii) siendo la ineficacia del traslado de régimen un acontecimiento ligado necesariamente a la existencia y procedencia del derecho pensional bajo un determinado régimen pensional, es plausible que su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además, ello atentaría contra el principio de irrenunciabilidad al derecho a la seguridad social y la fundamentalidad de este derecho. Así se expuso también, en sentencia SL 361-2019 (Sala de Descongestión Laboral, M.P. Jorge Prada Sánchez, que reiteró la SL8544-2016).

Pues bien, aclarado lo anterior, procede la Sala a analizar lo que tiene que ver con la pretensión de la demanda referida al reconocimiento de la pensión anticipada de vejez por invalidez, en aplicación del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

En el sub examine, se probó que, GERMAN OCAMPO GUAYARA nació el 06 de mayo de 1956, inició sus cotizaciones en el Instituto de Seguros Sociales desde el 13 de marzo de 1974, registrando su último aporte el 31 de marzo de 2004.

Mediante Dictamen del 17 de diciembre de 2010, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, estableció que GERMAN OCAMPO GUAYARA, tenía una pérdida de la capacidad laboral del 53.84% con fecha de estructuración del 30 de septiembre de 2009, de origen común y por los diagnósticos de “Vértigo Depresivo Moderado”, “Vértigo Paroxístico Benigno”, “Traumatismo Cerebral Difuso” y “Secuelas de otros traumatismos especificados de la cabeza”.

A través de comunicación BP-R-I-L-11767-11-10 del 04 de noviembre de 2010, COLFONDOS le informó al señor GERMAN OCAMPO GUAYARA, que no era posible acceder a su solicitud de pensión de invalidez, pero que conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la ley 100 de 1993, tenía derecho a la devolución de saldos por invalidez. Prestación que le fue pagada a GERMAN OCAMPO GUAYARA el 18 de febrero de 2011 en cuantía de \$ 104`248.923 y el 27 de mayo de 2011 la suma de \$104`705.111.



```
APP COLFONDOS                20190613    14:48:44
FUTURA- COLFONDOS                BC87864
PAGP3F Trabajar con pagos pensión sol. en estado CAN
-----
Tipo de solicitud .. INVALIDEZ          Solicitud ..... 4286
Afiliado ..... C.C 16628515 OCAMPO GUAYARA GERMAN
5=Consultar

Opc Período   Valor neto  Concepto          Fec gen.  Estado
-----
_ 201102      104.248.923  23 Retiro saldo    20110218  PAG
_ 201105      104.705.111  23 Retiro saldo    20110527  PAG
```

De la documental allegada al plenario se evidencia que GERMAN OCAMPO GUAYARA, el 3 de agosto de 2017 solicitó ante Colpensiones la nulidad del traslado y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme las exigencias del artículo 9º de la ley 797 de 2003 (fl. 98 pdf), siéndole negada su petición mediante comunicación del 3 de agosto de 2017 (fl. 106 pdf).

Referente a la prestación económica reclamada, se tiene que, conforme al parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, las personas que padezcan una **deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más**, que cumplan **55 años de edad** y **acrediten 1.000 ó más semanas** cotizadas en forma continua o discontinua al régimen de seguridad social de la Ley 100 de 1993, quedan exentos de cumplir los requisitos de los numerales 1º y 2º del mismo artículo para el derecho a la pensión de vejez.

En este orden de ideas, lo que se pretende con esta pensión anticipada de vejez es ***“proteger de manera prioritaria a personas disminuidas y a grupos vulnerables de la población, en desarrollo de lo contemplado en los artículos 13, 48 y 53 de la Carta Política”*** y, se diferencia en varios aspectos de la pensión ordinaria de vejez, de la pensión de invalidez de origen común y de la pensión de invalidez origen profesional, como lo enseña la jurisprudencia⁵.

En lo que interesa para resolver este asunto, la Corte Constitucional en **sentencia T-462 del 29 de agosto de 2016**, MP. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, dijo:

*“(…) 12. Esta Corporación se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre las características y los requisitos que deben cumplir los ciudadanos para obtener la **pensión anticipada de vejez dispuesta en el parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993**. En particular, en la **sentencia T-007 de 2009**⁶, reiterada por la **T-201 de 2013**⁷, la Corte indicó que este tipo de pensión*

⁵ C. Constit., **sentencia T-007 del 16 de enero de 2009**, MP. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, en ella se señalaron las diferencias sustanciales de ésta con la pensión ordinaria de vejez, y con la pensión de invalidez de origen común y profesional. Sentencia **T-101 del 20 de febrero de 2012**, MP. Dr. Mauricio González Cuervo.

CSJ, SCL, sentencia del **08 de mayo de 2012**, radicación 39735, MP. Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷ M.P. Alexei Julio Estrada.

M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

se confundía con la pensión de vejez y con la de invalidez, por lo que consideró necesario realizar la diferenciación entre las 3 prestaciones sociales.

En esa medida, esta Corporación determinó que la pensión anticipada de vejez se diferencia de la ordinaria de vejez, en la medida en que la primera (i) exonera al solicitante de cumplir el requisito de edad dispuesto en el numeral 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, ya que sólo se pide que el solicitante tenga 55 años y (ii) solo exige 1000 semanas de cotización al Sistema de Seguridad Social, a diferencia de la ordinaria de vejez, en la que las semanas irían aumentando hasta llegar a 1300 al año 2015.

Asimismo, en las mismas sentencias este Tribunal estableció que la pensión consagrada en el párrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se diferencia de la pensión de invalidez, en la medida en que esta última requiere del conocimiento del origen de la discapacidad, “en cambio para la pensión anticipada de vejez no es necesario tener conocimiento del origen de la discapacidad —simplemente que su porcentaje supere el cincuenta por ciento—, ni la cotización de un número de semanas antes de la estructuración o del hecho que la originó —sino, el probar que se tienen 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo”⁸. (Resaltado fuera del texto original).

Posteriormente, en la **sentencia T-665 de 2013**⁹, la Corte fue más enfática al determinar que para el reconocimiento de la pensión anticipada de vejez, **no es necesario demostrar el origen de la pérdida de capacidad laboral del solicitante, es decir si es común o profesional**, toda vez que solo se requiere demostrar que la discapacidad es igual o superior al 50%, las 1000 semanas de cotización al Sistema General de Seguridad Social y tener más de 55 años de edad.

(...)

13. En esta oportunidad, la Sala reitera las reglas jurisprudenciales sobre el alcance del párrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en particular en lo relacionado con las características y requisitos para obtener la pensión anticipada de vejez que establecen que:

a) Desde el trámite legislativo de la Ley 797 de 2003, el Congreso manifestó su voluntad de crear una prestación social diferente a la pensión de invalidez para proteger los derechos de las personas con discapacidad;

b) Los únicos requisitos que se deben exigir al solicitante para el reconocimiento de la pensión anticipada de vejez son: (i) padecer de una discapacidad igual o superior al 50%; (ii) acreditar 1000 o más semanas de cotización en el Sistema General de Seguridad Social; y (iii) tener más de 55 años de edad.

c) No es necesario verificar si la discapacidad es de origen común o profesional para obtener el reconocimiento a la pensión anticipada de vejez. (...)”

Frente a la distribución del porcentaje de los componentes para la calificación total de la invalidez, señala el artículo 8º del Decreto 917 de 1999, que: “Para realizar la calificación integral de la invalidez, se otorga un puntaje a cada uno de los criterios descritos en el artículo anterior, cuya sumatoria equivale al 100% del total de

⁸ Sentencia T-201 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

⁹ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

la pérdida de la capacidad laboral, dentro de los siguientes rangos máximos de puntaje:

CRITERIO	PORCENTAJE (%)
Deficiencia	50
Discapacidad	20
Minusvalía	30
Total	100

En cuanto a la interpretación del porcentaje del 50% atribuido al componente **deficiencia** para la calificación de la invalidez, en un caso similar, la Corte Constitucional en sentencia **T-007 del 16 de enero de 2009**, MP Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, puntualizó:

*“(…) Ahora bien, debe tomarse en consideración que los porcentajes asignados a la deficiencia de Raimundo Emiliani Valiente tuvieron como referente normativo lo dispuesto en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez (Decreto 917 de 1999¹⁰), de acuerdo con el cual la deficiencia física, psíquica o sensorial de una persona puede recibir un porcentaje máximo de 50. De tal suerte, **según el Decreto 917 de 1999, es imposible jurídicamente que la deficiencia de una persona sea calificada con un porcentaje superior al 50**. Pero, así las cosas, el fragmento que a continuación se subraya del parágrafo 4°, artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que consagra la pensión anticipada de vejez, nunca podría tener aplicación o producir efectos:*

*“Art. 33.- (...) Parágrafo 4°. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% **o más**, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993” (Subrayas añadidas).*

Esa, ciertamente, es una forma de interpretar los porcentajes atribuidos a la deficiencia, que contraviene el principio interpretativo del efecto útil de las normas.¹¹ Ese precepto indica –como lo ha definido la Corte Interamericana de Derechos Humanos– “que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable”.¹²

Por otra parte, semejante forma de interpretar los porcentajes, supondría que una norma de rango infralegal –como el Decreto– tiene la virtualidad de privar de efectos a la Ley, y de subvertir la competencia preferente del legislador en la regulación de la seguridad social, que viene dispuesta por la Carta cuando dice que “[l]a seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a

¹⁰ Así lo afirma la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá. Cfr., Folio 18 del cuaderno de tutela.

¹¹ Principio aplicado por la Corte Constitucional, por ejemplo, en la Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹² Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4. Consideración 64.

los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley” (Subrayas añadidas al artículo 48, C.P.).

Así, los porcentajes atribuidos en el contexto del Decreto 917 de 1999 deben interpretarse en el sentido de que todos los términos de la Ley 100 de 1993, artículo 33, parágrafo 4º, produzcan efectos. Esto se logra si se postula que, cuando una deficiencia reciba el porcentaje máximo establecido en el Decreto, debe entenderse, para efectos de establecer si una persona tiene derecho a la pensión anticipada de vejez, que fue calificada con el 100%. En consecuencia, si en el contexto de la calificación de la invalidez, a la deficiencia de una persona se le asigna un porcentaje de 25 o más, quiere decirse con ello que reúne la condición exigida por el artículo 33, parágrafo 4º de la Ley 100 de 1993, de contar con una deficiencia igual o superior al 50%.

En ese sentido, dado que los porcentajes asignados a la deficiencia del señor Raimundo Emiliani Valiente en los exámenes del 10 de julio de 2006 y del 12 de abril de 2007 superan el 25% en el contexto de la calificación de la invalidez, eso significa, en el contexto de la calificación exclusiva de la deficiencia, una deficiencia superior al 50%.

Ahora bien, el Instituto de Seguros Sociales entiende que “la pensión prevista en el parágrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es una pensión de vejez anticipada por invalidez que se concede a quienes teniendo 1000 o más semanas cotizadas, hayan cumplido 55 años de edad (hombres o mujeres) y padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más de pérdida de su capacidad laboral, previamente dictaminada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, conforme a lo dispuesto por el Decreto 2463 de 2001, cuya estructuración deberá ser concomitante o posterior a la fecha de vigencia de la Ley 797 de 2003” (Subrayas añadidas). Así, confunde la pensión anticipada de vejez con la pensión de invalidez, y por esa razón entiende que el actor requiere acreditar una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, y no sólo la deficiencia física, síquica o sensorial en ese mismo grado”.

Definido lo anterior y, descendiendo en el caso en concreto, se acredita en el plenario que, el demandante cumplió **55 años** de edad el **6 de mayo de 2011** –nació ese mismo día y mes de 1956- y, según dictamen del 17 de diciembre de 2010 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se le determinó una pérdida de capacidad laboral del **53.85%** de origen “común” y, como deficiencia se le calificó con el **26.89%**, la que, de acuerdo con la jurisprudencia citada, equivale a más del 50%.

Ahora bien, conforme al resumen de historia laboral y los reportes de periodos cotizados de Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A., GERMAN OCAMPO GUAYARA, registra aportes al Instituto de Seguros Sociales a partir del 13 de marzo de 1974 y posteriormente realizó los aportes al régimen de ahorro individual hasta el 31 de marzo de 2014, sumando un total de 1.260 semanas en toda su vida laboral.

PERIODOS (DD/MM/AA)		DÍAS DEL PERIODO	
DESDE	HASTA		
13/03/1974	8/04/1974	27	ISS
7/05/1974	31/08/1974	117	
31/07/1975	31/07/1975	1	
1/08/1975	16/08/1975	16	
15/03/1974	2/06/1974	80	
1/07/1974	31/03/1975	274	
1/04/1975	30/06/1977	822	
1/07/1977	30/06/1978	365	
1/07/1978	1/08/1978	32	
2/08/1984	20/11/1984	111	
8/01/1985	31/07/1985	205	
1/08/1985	2/09/1985	33	
3/09/1985	30/09/1985	28	
1/10/1985	31/12/1985	92	
1/01/1986	30/06/1986	181	
1/07/1986	31/12/1986	184	
1/01/1987	31/12/1987	365	
1/01/1988	31/12/1988	366	
1/01/1989	31/12/1989	365	
1/01/1990	30/06/1990	181	
1/07/1990	30/06/1991	365	
1/07/1991	31/01/1992	215	
1/02/1992	31/01/1993	366	
1/02/1993	30/06/1993	150	
1/07/1993	31/01/1994	215	
1/02/1994	30/06/1994	150	
1/07/1994	31/10/1994	123	
1/11/1994	30/11/1994	30	
1/12/1994	31/12/1994	31	
1/01/1995	31/01/1995	30	
1/02/1995	28/02/1995	30	
1/03/1995	31/03/1995	30	
1/04/1995	30/04/1995	30	
1/05/1995	31/12/1995	240	
1/01/1996	31/10/1996	300	
1/11/1996	30/11/1996	30	
1/12/1996	31/12/1996	30	
1/01/1997	31/12/1997	360	PORVENIR
1/01/1998	31/12/1998	360	
1/01/1999	31/12/1999	360	
1/01/2000	31/01/2000	30	PROTECCIÓN
1/02/2000	29/02/2000	30	
1/03/2000	31/03/2000	30	
1/04/2000	30/04/2000	30	
1/05/2000	31/05/2000	30	
1/06/2000	30/06/2000	30	
1/07/2000	31/07/2000	30	
1/08/2000	31/08/2000	30	
1/09/2000	30/09/2000	30	
1/10/2000	31/10/2000	30	
1/11/2000	30/11/2000	30	
1/12/2000	31/12/2000	30	
1/01/2001	31/01/2001	30	
1/02/2001	28/02/2001	30	
1/03/2001	31/03/2001	30	

1/04/2001	30/04/2001	30	
1/05/2001	31/05/2001	30	
1/06/2001	30/06/2001	30	
1/07/2001	31/07/2001	30	
1/08/2001	31/12/2001	150	
1/01/2002	31/12/2002	360	
1/01/2003	31/05/2003	150	
1/06/2003	30/06/2003	30	COLFONDOS
1/07/2003	31/07/2003	30	
1/08/2003	31/08/2003	30	
1/09/2003	30/09/2003	30	
1/10/2003	31/10/2003	30	
1/11/2003	30/11/2003	30	
1/12/2003	31/12/2003	30	
1/01/2004	31/01/2004	30	
1/02/2004	29/02/2004	30	
1/03/2004	31/03/2004	30	
TOTALES		8.820	
TOTAL SEMANAS		1.260,00	

En este orden de ideas, se tiene que el demandante al 06 de mayo de 2011, cuando cumplió 55 años, sumaba 1.260 semanas de cotización, las que superan a las exigidas por el parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, con lo cual se acredita el derecho a la **pensión de vejez** a partir del **06 de mayo de 2011**, procediendo la revocatoria de la sentencia del *A quo*, pues resulta evidente que al demandante le asiste derecho a la pensión de reclamada.

En cuanto al disfrute de la pensión, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, se exige el retiro del sistema como presupuesto para el disfrute de la pensión de vejez. Sobre la norma anterior, ha dicho la jurisprudencia que es una exigencia válida y necesaria para la efectividad del derecho. En el presente asunto conforme se desprende de la documental allegada, el señor GERMAN OCAMPO GUAYARA realizó su última cotización en marzo de 2004, conclusión a la que se llega con la revisión de la historial laboral, circunstancia de la que es posible deducir que desde tal calenda se encuentra retirado del sistema pensional.

No obstante, la Sala señala que el cálculo del ingreso base de liquidación de la mesada pensional del demandante, deberá ajustarse a las reglas legales vigentes al momento en que se acrediten ante Colpensiones los aportes que acumula en su historia laboral el actor y dicha entidad acepte el traslado de

aquel sin solución de continuidad, toda vez para tal cálculo deben considerarse todas las cotizaciones que le sean útiles al señor GERMAN OCAMPO GUAYARA.

Derecho pensional que corresponde ser pagado en **14 mesadas** de pues se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011.

Respecto de la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (fl. 138 pdf) al contestar la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., encuentra la Sala que el 3 de agosto de 2017 (fl. 98 pdf), solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, recibiendo la negativa de la entidad en esa misma calenda, razón por la que las mesadas causadas con antelación al 3 de agosto de 2014 se encuentran afectadas por el fenómeno extintivo trienal.

Adicionalmente, conforme el artículo 157 e inciso 2º del artículo 204 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el inciso 3º del artículo 42 del decreto 692 de 1994, y el artículo 69 del decreto 2353 de 2015, se autorizará a Colpensiones, para que efectúe los descuentos por concepto de aportes al régimen de salud que correspondan, sentido en el que se confirmará la sentencia apelada y consultada.

Ahora bien, respecto de la pretensión del reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, conviene mencionar lo considerado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1309 del 24 de febrero de 2021, en la que indicó:

“Ahora, en lo atinente a la inconformidad de la parte actora relacionada con la absolución por los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe precisarse que los mismos no resultan procedentes, en tanto que la mora en el pago no obedeció a la negligencia, tardanza o demora en el pago de las mesadas por parte de Colpensiones, sino a que al estar afiliado el accionante a la AFP Protección S.A., en principio no era aquella la entidad la encargada de otorgar dicha prestación, y solo ahora en virtud de lo ordenado en las sentencias, es que surge en cabeza de la primera de las nombradas dicha obligación; por lo tanto, no le cabe responsabilidad en la falta de cancelación de las mesadas, razones

estas por las que también se confirma el fallo de primer grado sobre este aspecto.”

En consecuencia, se absolverá la condena por intereses moratorios.

Finalmente, en lo que refiere a la devolución de saldos que le fue otorgada al señor GERMAN OCAMPO GUAYARA, por COLFONDOS S.A. mediante comunicación BP-R-I-L-11767-11-10 del 4 de noviembre de 2010, pagada los días 18 de febrero de 2011 y 27 de mayo de 2011, en cuantía de \$104'248.923 y \$104'705.111 respectivamente, conviene indicar que dicho reconocimiento no es óbice para el otorgamiento del derecho pensional por vejez, no obstante, se ordenará la restitución a Colpensiones de la suma reconocida por devolución de saldos, pues conforme lo establece el artículo 32 de la ley 100 de 1993, tales valores garantizan el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados.

En tal sentido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia **SL 3464 del 14 de agosto de 2019**, señaló:

“3. ¿La vuelta al statu quo ante obliga a retornar la devolución de saldos?

La del traslado por inobservancia del deber de información puede plantear situaciones muy peculiares, con variables inexistentes en otros precedentes, que, en esa medida, invitan a la reflexión judicial. Por tanto, el cómo volver en justicia al «statu quo ante» no resiste reglas absolutas o interpretaciones lineales, desprovistas de un análisis particular y concreto.

Tal es el caso de autos, en el cual se plantea una variable nueva: el demandante recibió la devolución de saldos. Ante este hecho, para la Corte la solución adoptada por el Tribunal no es equivocada, por las razones que se exponen a continuación:

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 l) 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.

*Ahora bien, **en cuanto a la improcedencia de la compensación, defendida por el recurrente bajo el argumento de que Colpensiones y el demandante no son deudores recíprocos, la Sala no suscribe este planteo. Ello, en la medida que el carácter de deudor del demandante debe apreciarse desde el prisma del sistema, es decir, ante los ojos del sistema general de pensiones él es deudor de los recursos con los cuales se va a financiar su pensión, al margen de la entidad que los administra.***

Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito

exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

Teniendo en cuenta estos argumentos, para la Sala, la actuación del Tribunal de autorizar a la entidad de seguridad social pagadora de la pensión para deducir de las mesadas pensionales, indexación e intereses, los valores entregados al demandante por devolución de saldos, es pertinente, pues de esta forma se garantiza el recaudo eficaz de los recursos del sistema y se permite el reconocimiento de la prestación con su debido soporte financiero."

Así las cosas, procede la autorización a COLPENSIONES, para que de las mesadas que se causen deduzca los valores entregados al señor GERMAN OCAMPO GUAYARA por concepto de devolución de saldos, concepto que deberá retomar debidamente indexado, y tal descuento deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 3º del Decreto 1073 de 2022, cuyo tenor literal indica:

Artículo 3º. Monto. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 994 de 2003 En cuanto al monto del descuento se aplicarán las normas que para el efecto se aplican a los salarios.

Los descuentos realizados sobre el valor neto de la mesada pensional, esto es, descontando el aporte para salud, incluyendo los permitidos por la ley laboral, podrán efectuarse a condición de que no se afecte el salario mínimo mensual legal y el beneficiario pueda recibir no menos del cincuenta por ciento (50%) de la mesada pensional.

El excedente de la mesada pensional sobre el salario mínimo legal sólo es embargable en una quinta parte. No obstante si se trata de embargos por pensiones alimenticias o créditos a favor de cooperativas o fondos de empleados, podrá ser embargado hasta el 50% de la mesada pensional.

Si se trata de pensiones compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, procederá el embargo de lo que exceda el salario mínimo hasta en una quinta parte de lo pagado por la otra institución pagadora. Si se trata de embargos por pensiones alimenticias, o créditos a favor de cooperativas o fondos de empleados, podrá ser embargado hasta el 50%. La otra institución pagadora podrá efectuar los demás descuentos de que trata este decreto siempre y cuando no se afecte el salario mínimo mensual legal neto, esto es, descontando el 12% del aporte de salud, y el beneficiario pueda recibir no menos del cincuenta por ciento (50%) de la mesada pensional neta.

Parágrafo. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica, si se trata de descuentos realizados para que el pensionado reintegre a la administradora de pensiones o a la institución pagadora, mayores valores pagados a él.

En tal virtud, se autorizará a COLPENSIONES para que descuenta mes a mes de la mesada pensional del actor el valor de \$208'954.031, suma que deberá **indexarse**, valor que recibió por concepto de devolución de saldos, previo acuerdo de pago con el señor **GERMAN OCAMPO GUAYARA**, ello sin afectar

el mínimo vital y sin que tal descuento supere el 50% de la mesada pensional neta, circunstancia que no es óbice para efectuar el reconocimiento pensional.

Conviene señalar que si bien el demandante es apelante único, el inciso cuarto del artículo 328 del CPG señala que *“El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.”*, aparte normativo que permite la modificación antes referida, por resultar indispensable en el presente asunto, por tratarse de dineros pertenecientes al sistema de seguridad social en pensiones.

Respecto del vinculado **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, se le impondrá la obligación de auditar lo concerniente a la devolución del bono pensional cuyo valor a la fecha de pago era de \$60'549.000 y a la fecha de traslado ascendía al monto de \$14'614.085, sumas los que deberá retornarle COLFONDOS S.A. -último fondo - entidad que asumirá dicho pago a cargo de su propio patrimonio, teniendo derecho al recobro ante COLPENSIONES.

Por los resultados del proceso, se impondrán costas en ambas instancias a cargo de las demandadas condenadas. El valor de las agencias en derecho de primera instancia, serán fijadas por la *A quo*. Las de segunda a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES., a razón de \$1.500.000 a cargo de cada uno, a favor de GERMAN OCAMPO GUAYARA.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria apelada, para en su lugar:

I. DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 03 de agosto de 2014, y no probadas las excepciones restantes propuestas por las demandadas.

II. DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado que **GERMAN OCAMPO GUAYARA** realizó desde el Régimen de Prima Media, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual, administrado por las **AFP's PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**

III. ORDENAR a los Fondos de Pensiones **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVAN** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante GERMAN OCAMPO GUAYARA, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso.

IV. CONDENAR a **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, dentro del término antes señalado, a devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administraron las cotizaciones de la demandante **GERMAN OCAMPO GUAYARA**, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado.

IV. IMPONER a **COLPENSIONES**, una vez ejecutoriada esta providencia, la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado demandante **GERMAN OCAMPO GUAYARA**

SEGUNDO: DECLARAR que al señor **GERMAN OCAMPO GUAYARA**, le asiste derecho a la pensión de vejez anticipada por deficiencia física, síquica o sensorial, desde el 06 de mayo de 2011, cuyo disfrute operará desde el 3 de agosto de 2014, por encontrarse prescritas las mesadas causadas con antelación a dicha calenda. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al señor **GERMAN OCAMPO GUAYARA**, la pensión de vejez anticipada por invalidez, a partir del 3 de agosto de 2014, debiendo calcular el ingreso base de liquidación de la mesada pensional del demandante, ajustado a las reglas legales vigentes al momento en que se acrediten ante Colpensiones los aportes que acumula en su historia laboral el actor y dicha entidad acepte el traslado de aquel sin solución de continuidad, toda vez para tal cálculo deben considerarse todas las cotizaciones que le sean útiles al señor GERMAN OCAMPO GUAYARA, correspondiéndole 14 mesadas al año.

TERCERO: AUTORIZAR a **COLPENSIONES** para que efectúe los descuentos mes a mes de la mesada pensional del actor, el valor de \$208'954.031, suma que deberá **indexarse**, valor que recibió por concepto de devolución de saldos, previo acuerdo de pago con el señor **GERMAN OCAMPO GUAYARA, sustitutos o herederos**, ello sin afectar el mínimo vital y sin que tal descuento supere el 50% de la mesada pensional neta.

CUARTO: IMPONER al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la obligación de auditar lo concerniente a la devolución del bono pensional cuyo valor a la fecha de pago era de \$60'549.000 y a la fecha de traslado ascendía al monto de \$14'614.085, a cargo del pensionable.

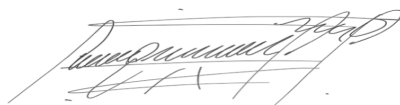
QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, a favor de la parte demandante. Las agencias en derecho de primera instancia se fijan por la *A quo* y las de segunda instancia, se fijan en la suma de \$1'500.000, por cuenta de cada Administradora.

SEXTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página *web* de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho,

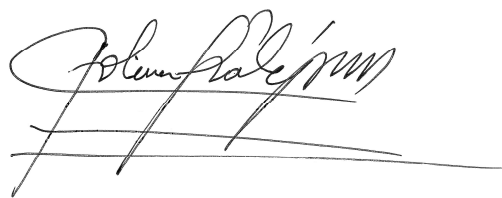
comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

SÉPTIMO: En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**-Firma Electrónica-
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

32

Firmado Por:
Monica Teresa Hidalgo Oviedo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 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: 38d03e93b92063b5f602cb908fe431a6cb68ec415681fa2535b505f9940c64f9

Documento generado en 30/09/2022 05:19:13 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>