República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	**Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia**
Demandante	**MARIA NOIRA GÓMEZ**
Demandados	**COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicación	**76001310501820190028101**
Tema	**i) Ineficacia del Traslado de Régimen, ii) Pensión de vejez – Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003**
Sub Temas	**Deber de información:** 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. Las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado toda la información respecto de los aspectos positivos y negativos del traslado de régimen **sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse**. Respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como los **gastos de administración**, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al **RAIS**, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias **SL1452, SL1688**, y **SL1689 de 2019 M-P.** CLARA CECILIA DUEÑAS. La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional **no vulnera el principio de sostenibilidad financiera del Sistema** General de Pensiones, debido a que, los recursos que debe reintegrar la AFP PORVENIR S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. **Reconocimiento pensión de vejez-** artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003**:** determinar si la actora si cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, bajo los parámetros de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, así

	mismo establecer la procedencia de reconocimiento del retroactivo pensional, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y, las costas del proceso. Procede la condena en costas, en primera y segunda instancia, en virtud del numeral 1°del artículo 365 del CGP, cuando la parte ejerce oposición y resulta vencida en juicio.

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) días del mes de febrero de 2022, siendo el día previamente señalado, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a dictar sentencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO No. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020**, **artículo 15**[1] expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en los **ACUERDOS PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020, PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020, PCSJA20-11629 del 11 de septiembre de 2020, PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, PCSJA20-11671 del 6 de noviembre de 2020, PCSJA20-11680 del 27 de noviembre de 2020, PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021, y PCSJA21-11840 del 26 de agosto de 2021**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, en Segunda Instancia, en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a **resolver el recurso de apelación** formulado por la **demandada Porvenir S.A.,** contra la **Sentencia No. 014 del 23 de enero de 2020,** proferida por el **Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el **grado jurisdiccional de consulta** de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por la parte **demandante,** y las **demandadas Colpensiones** y **Porvenir S.A.,** los cuales son tenidos en cuenta en la presente decisión.

[1] La Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C- 420 de 2020 efectuó el control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 806 de 2020.

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala, a proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 069

Antecedentes

MARIA NOIRA GÓMEZ presentó demanda Ordinaria Laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES,** y Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías **PORVENIR S.A.**, con el fin que se declare la **nulidad o ineficacia** de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de todos los aportes y rendimientos de su cuenta de ahorro individual, así como cotizaciones, bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los gastos de administración, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Solicita, además, el **reconocimiento de la pensión de vejez**, bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, desde el 29 de mayo de 2018, y consecuentemente el reconocimiento del retroactivo pensional junto con los intereses moratorios, y, las costas del proceso.

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, la actora señaló que, estuvo afiliada al RPM administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, desde el 15 de febrero de 1983, y hasta el 30 de septiembre de 1996.

Que, en septiembre de 1996, suscribió formulario de afiliación con la Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A., y consecuentemente su traslado al RAIS. Sin embargo, considera que, tal decisión devino de una insuficiente y mala asesoría por parte del promotor de esa entidad, al no explicarle de manera clara y detallada las ventajas y desventajas del traslado de régimen.

Que, el **14 de febrero de 2019**, la demandante mediante derecho de petición solicitó el expediente administrativo ante PORVENIR S.A., obteniendo respuesta el 25 de febrero de 2019.

Que, el 05 de marzo de 2019, la actora solicitó a COLPENSIONES, la nulidad del traslado de régimen de prima media, al de régimen de ahorro individual, y el retorno a Colpensiones, en el mismo escrito solicitó tramitar ante PORVENIR S.A., el reembolso de los dineros pagados, que servirían de base para el reconocimiento de la pensión de vejez y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dicha petición, fue negada por Colpensiones argumentando que: "…*no es procedente anular la afiliación de la señora NOIRA GOMEZ ejerciendo su derecho a la libre elección del régimen , de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993(…)*".

Que, el 11 de marzo de 2019, solicitó a PORVENIR S.A., la nulidad del traslado, y el retorno de los valores a COLPENSIONES, y recibió respuesta negativa de la entidad el 20 de marzo de 2019, en donde la entidad le indicó que su solicitud no resulta jurídicamente procedente, encontrándose reservada únicamente para los jueces de la república.

Que, bajo una expectativa legítima, al cumplir los 57 años de edad, reuniendo 1.811 semanas de cotización, y, siendo derechosa a la pensión de vejez con una mesada del 79% del ingreso base de liquidación, percibiría una mesada de $1.049.848 para el año 2018.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, al dar contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma, asegurando que Colpensiones no es la entidad competente para declarar la nulidad de la afiliación, y el traslado de aportes.

Respecto de la pretensión de la pensión de vejez, refiere que, la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual por decisión propia así lo demuestra su firma en el formulario de afiliación, por lo que no es la entidad legitimada para efectuar dicho reconocimiento. Formuló en su defensa las excepciones de mérito:

Inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, compensación y genérica.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.,** se opuso a todas las pretensiones incoadas, manifestando que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, encontrándose válidamente afiliada al RAIS, sin que logre demostrar la causal de nulidad que invalide lo actuado. En su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no dé debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 014 del 23 de enero de 2020**; declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, declaró la ineficacia del traslado realizado por la señora Maria Noira Gómez, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. Imponiendo a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos causados, y las cuotas de administración, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esta última debidamente indexada. Así mismo, declaró que la señora Maria Noira Gómez, es beneficiaria de la pensión de vejez causada desde el 29 de mayo de 2018, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, declaró que una vez acredite la demandante la desafiliación y el cumplimiento del traslado ordenado, se debe reconocer la pensión de vejez, en favor de la señora Maria Noira Gómez, para el cálculo ordenó que deberá liquidarse conforme lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, y el ingreso base de liquidación conforme el artículo 21 de las Ley 100 de 1992, esto es, con el promedio de las cotizaciones efectuadas durante los 10 años anteriores al

reconocimiento de la pensión , o en todo el tiempo si este fuere superior. Absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones y condenó en costas a ambas demandadas.

Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión, **la apoderada** judicial de la **PORVENIR S.A.,** interpone recurso de Apelación en contra de la sentencia proferida, pretendiendo que se revoquen cada una de las condenas impuestas, en la medida en que, consideró que, su representada no vulneró ningún derecho en cabeza de la demandante, a juicio de la entidad, existió ausencia por el juez de primera instancia en el análisis de la resolución del proceso, especialmente en la ausencia del deber de información que recaía en cabeza de las AFP, precisó que, para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debían otorgar las AFP, resaltó que, la jurisprudencia de la Sala laboral de la Corte Suprema deJusticia, ha señalado como norma aplicable, el denominado deber de información, que se debe suministrar a los usuarios para lograr una mayor transparencia en las operaciones que realicen.

Aseguró que, bajo ese entendido la asesoría que se brindó a la demandante, fue suministrada en forma verbal, por cuanto la obligación de otorgar información, nace en el ordenamiento jurídico, solo a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 2255 de 2010, 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, y a través de dichas disposiciones las administradoras de fondos de pensiones, adquirieron la obligación de asesoría e información, tanto para su afiliados como para el público en genera.

Respecto de la obligación de informar las consecuencias del traslado de régimen pensional, manifiestó que, nace a la vida jurídica, solo a partir del inciso 4 artículo 3 del decreto 2071 de 2015, que modificó el artículo 2.6.7.2.3. del decreto 2255 de 2010, por lo que aseguró que, para el momento de la afiliación de la demandante con la AFP, que fue en el año 1996, no puede predicarse falta del deber de información como

quiera que, en ese momento y en ese contexto no existía la obligación de hacerlo.

En ese sentido refirió que, no hay una debilidad negocial entre la AFP y la demandante, por cuanto la afiliación no puede ser catalogada como un contrato, dado que ninguna de las partes está en capacidad de negociar las disposiciones contenidas en la afiliación, ni la forma en que se va a prestar el servicio, tampoco decidir sobre el aseguramiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, como quiera que dichas condiciones pensionales se encuentran taxativamente regladas en la Ley 100 de 1993.

Aseguró que, al estar la demandante y la AFP Porvenir S.A., en una misma posición, recae en cabeza de la actora, el deber de informarse de manera eficaz y oportuna sobre el sistema general de pensiones, y no solo cuando ya está frente al siniestro de la vejez, máxime cuando lo que se discute en el presente caso es una inconformidad aritmética, por el valor de la mesada pensional, mas no una nulidad.

Frente a la condena de trasladar todos los valores de la cuenta individual de la demandante a Colpensiones, incluyendo los gastos de administración, cotizaciones, bonos pensionales, y cuotas de administración debidamente indexadas, aseguró que, tal imposición no es procedente, y en caso de que el Tribunal decida confirmar la sentencia impuesta por el juzgado, deberá tener en cuenta como sustento, el artículo 1746 del CC, que para los efectos de declaratoria de nulidad consagrò:

> *"(…) la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*
>
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo. (…)"*

Resaltó que, la misma norma refiere que, las restituciones mutuas que hayan de hacerse en virtud de este pronunciamiento no concibe

devolver los deterioros que se causan de ese acto jurídico, en consecuencia, destacó que, cuando se declara la ineficacia o la nulidad del traslado, aplicando el artículo 1746, no hay lugar a que se ordene la devolución de los gastos y cuotas de administración, porque estos rubros deben entenderse como las pérdidas de las especies que cada una de las partes debe asumir en la relación jurídica que sostuvieron a lo largo del tiempo.

Finalmente, sostuvo que, las cuotas de administración fueron utilizadas para administrar la cuenta de ahorro individual de la demandante, en ese sentido los rendimientos financieros fueron producto de la buena gestión que realizó la AFP - PORVENIR S.A., motivo por el cual al condenar la indexación de las sumas que corresponden a las cuotas y gastos de administración significarían un pago doble a la entidad Colpensiones, como quiera que los rendimientos ya restituyen la depreciación de la moneda, por lo que la indexación de las sumas mencionadas, son una erogación a cargo de PORVENIR S.A. sin sustento, o fundamento jurídico alguno, que constituirían un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, sin justificación jurídica.

En ese sentido solicita al Tribunal Superior de Distrito de Cali, Sala Laboral, se revoque la sentencia proferida, y en consecuencia se declaren probadas las excepciones y absuelta a Porvenir S.A., de todas las pretensiones.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver el **recurso de apelación** interpuesto por la demandada **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.,** respecto de la sentencia proferida por el juez de primera instancia

De igual forma, por mandato del inciso 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S., asume el conocimiento del asunto de referencia en el Grado Jurisdiccional de **Consulta,** ya que la condena se efectuó en contra de una entidad de derecho público en la que la Nación funge como

garante, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Revisado el proceso, no existe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y agotado el trámite procesal que corresponde, resulta necesario resolver de fondo la Litis en estudio.

Hechos Probados

En el presente asunto no se encuentra en discusión que: ***(i)*** la actora **MARIA NOIRA GÓMEZ,** se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS,** hoy **COLPENSIONES**, a partir del 15 de febrero de 1983 (fl. 111); ***(ii)*** posteriormente, la actora diligenció el formulario de afiliación ante **PORVENIR S.A.**, el 11 de septiembre de 1996 (Fl. 152), con fecha de efectividad 1° de noviembre de 1996 (fl. 149 – Consulta Asofondos – SIAFP); ***(iii)*** la demandante, nació el 29 de mayo de 1961 (fl. 26); y, ***(iv)*** el 05 de marzo de 2019, la actora elevó ante COLPENSIONES solicitud para nulidad del traslado, así como el reconocimiento de la pensión de vejez y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el mismo fue resuelto de forma negativa por la demandada (fls. 66 a 69).

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si: **i)** el traslado de régimen de la demandante, es inválido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliada en el **RAIS**; e igualmente analizar si resulta procedente: **ii)** la ineficacia del traslado de régimen pensional toda vez que, la actora no ejerció su derecho al retracto; **iii)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, la actora se encuentra a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional; **iv)** el traslado de los gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual del afiliado, del RAIS al RPMPD; **v)** determinar si la actora cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; y, **vi)**

finalmente establecer la fecha de reconocimiento de la prestación, si hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y, la condena de las costas a la parte vencida en juicio.

Análisis del Caso

Ineficacia de Traslado

El traslado, como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto de que el fondo respectivo debe brindar la información adecuada, completa, veraz y oportuna sobre las consecuencias del acto que se va a realizar.

En tal sentido, los **artículos 12 y 13 literal b) de la Ley 100 de 1993**, señalan expresamente que la decisión de afiliarse o trasladarse de un régimen a otro dentro del sistema de pensiones debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado. Según lo expuesto, cuando la norma utiliza los términos de una decisión libre y voluntaria significa que no debe existir por parte del afiliado ninguna duda sobre las conveniencias o inconveniencias de pertenecer a uno u otro de los regímenes.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, son fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el **Decreto 663 de 1993** y la **Ley 795 de 2003.**

El ***deber de información*** es un elemento propio de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos,

subrayando los riesgos que con lleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el **Decreto 663 de 1993** - ***Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-* artículo 72 literal f) y artículo 97,** normas modificadas por la **Ley 795 de 2003,** que en su **artículo 12** señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar "…***debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas...***"**.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los **Decretos 2241 de 2010** y **2555** del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el Sistema General de Pensiones, como: **i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.**

Como ha quedado visto, el deber de información **es una obligación que, por ley siempre han tenido las Administradoras de Fondos de Pensiones**, y un derecho para las personas afiliadas a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar a la persona interesada de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Tal razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a las personas afiliadas sobre la posibilidad de **retractarse;** obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que "…*las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados (as) el derecho a retractarse*…" que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

La omisión, en tratándose de este aspecto, **acarrea la ineficacia de la selección o traslado**, pues se parte del hecho de que la decisión no fue informada, y que está mediada de error.

Se remite la Sala a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del **22 de noviembre de 2011 radicado 33083,** entre otras, como soporte jurisprudencial de esta decisión. Ddebe precisar la Sala que aun cuando la jurisprudencia citada corresponde a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, no obsta su aplicación al presente asunto dadas las similitudes y características que existen entre la posibilidad de afiliarse o trasladarse en los diferentes regímenes del sistema pensional.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente abordó el tema que ocupa la atención de la Sala, en la **Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838**, redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la PORVENIR a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el*

derecho del trabajo, la legislación de PORVENIR al consumidor o del consumidor financiero". (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, obra copia del formulario de afiliación y de historial de vinculaciones que da cuenta que, a partir del **1º de noviembre de 1996,** la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la AFP **PORVENIR S.A.** (fl. 148 a 145 - Contestación demanda PORVENIR), donde se encuentra afilada en la actualidad.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen o vinculación, la entidad Administradora de Pensiones **PORVENIR S.A.,** haya cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en ella, a la demandante.

No se denota que la entidad de Seguridad Social le haya suministrado a la demandante los datos y explicaciones del traslado respectivo; en efecto, brilla por su ausencia el acompañamiento desde la antesala de la afiliación, momento en el que debió mostrarle los pros y contras de la decisión trascendental que iba a tomar; dicha gestión puede quedar en evidencia, por ejemplo, con las proyecciones matemáticas, que sustentan el valor de la mesada que hubiera tenido en ambos regímenes, entre otras.

La única prueba con la que pretende el fondo demandado**,** acreditar que cumplió con el deber de información, es la copia de la solicitud de vinculación en la que reposa la leyenda "**VOLUNTAD DE AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese régimen lo hace de forma libre, espontánea, y sin presiones.

No obstante, tal documento es precario para lograr el cometido pretendido por el fondo privado, pues no se puede predicar que la accionante, tomó verdaderamente una decisión libre y voluntaria, cuando ignora la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple y fría expresión genérica pre impresa en un formato.

Tampoco se denota una constancia que se le haya entregado el Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la Administradora de Pensiones, que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes; y mucho menos reposa la comunicación que por escrito las AFPS debieron dirigir al demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando a la afiliada le falta menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689,** todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

> "…*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.*
>
> ***Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se radica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo…***". (Negrilla fuera de texto)

A su vez, se reitera en las comentadas decisiones, que la acción dirigida a dejar sin efectos dicho traslado es inescindible del derecho a la Seguridad Social, de suerte que comparte con éste la condición de **imprescriptible.**

Además, recuerda también la Corte, que la ineficacia ocasionada al momento de traslado de régimen no se convalida con los sucesivos traslados de fondos estando en el interior del mismo régimen **o su permanencia en éste por un periodo considerable.**

Respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como los gastos de administración, debe decirse que ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al **RAIS**, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias **SL1452, SL1688**, y **SL1689 de 2019 M-P.** CLARA CECILIA DUEÑAS.

Considera ésta Sala, entonces que, es dable ordenar a **PORVENIR S.A.,** que proceda a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por lo tanto, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que, estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, y es por ello, que el valor de estas, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los gastos de administración, deben ser entregados al RPM administrado por COLPENSIONES, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Adicionalmente, hace énfasis la Sala en que, el traslado de los gastos de administración no forma parte de los valores que conforman los ahorros de la cuenta individual de la actora en el RAIS, sino a la administración que en el RPM le corresponde a COLPENSIONES, sin que esto genere un enriquecimiento sin causa al pedir el valor actualizado.

En lo concerniente a los argumentos del recurso de apelación y alegatos de conclusión, la presente Colegiatura considera que, estos fueron resueltos y atendidos en las consideraciones anteriores.

En razón a lo vertido, y sin necesidad de más consideraciones, se confirmará en lo demás la Sentencia apelada y consultada en lo atinente al traslado, pues la conclusión vertida de dejar sin validez el traslado de la demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que la demandante ha manifestado su afiliación a dicho régimen hoy administrado por Colpensiones, junto con los beneficios que sean aplicables a su caso.

Pensión de Vejez

Ahora, bien respecto de la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, procede la Sala a estudiar dicha pretensión, y, para entrar en el análisis del presente caso, se hace necesario acudir al contenido del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003:

> ***"(…) ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ***. <***Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003***. *El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
>
> *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. (…)"*

Descendiendo las anteriores premisas normativas al **caso concreto**, encuentra la Sala que la señora **MARIA NOIRA GÓMEZ**, nació el 29 de mayo de 1961 (folio 12), lo que quiere decir que cumplió el requisito de edad, 57 años, el **29 de mayo de 2018**, ahora bien, contabilizadas las semanas reseñadas en las historias laborales expedidas por **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A,** obrantes a folios 109 a 115, y 168 a 209, que corresponden a los periodos desde el 15 de febrero de 1983, hasta el 29 de mayo de 2018, se tiene que, la demante logró reunir al 29 de mayo de 2018, **1.798** semanas de cotización.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que, la señora **Maria Noira Gómez** cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez, conforme a la normatividad referida, y, causó el derecho a la misma, desde el **29 de mayo de 2018,** fecha en que cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Fecha de Efectividad o Disfrute de la Prestación

Ahora bien, en lo que corresponde a la fecha de disfrute de la prestación, debe indicar esta Sala que, comparte la decisión del *A quo*, en reconocer la mesada pensional, a partir de la desvinculación efectiva, como quiera que, en favor de la actora, se continuaron efectuando cotizaciones al Sistema General de pensiones a través de PORVENIR S.A., por medio de su empleador Clínica Versalles S.A., por lo que no es posible establecer la fecha de su disfrute o efectividad de la pensión de vejez, ni el monto de la mesada pensional, toda vez que para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación y la tasa de reemplazo, deberán ser incluidas el total de las semanas efectivamente cotizadas, reportándose en el último periodo su desafiliación.

Ingreso Base de Liquidación y Tasa de Reemplazo

Así las cosas, procede la Sala a establecer los parámetros con los cuales la Administradora Colombiana de Pensiones **–COLPENSIONES-** deberá proceder a liquidar la pensión de vejez, una vez la señora **MARIA NOIRA GÓMEZ** se desafilie del sistema, señalando entonces que, el monto de la pensión, deberá liquidarse en los términos del **artículo 21 de la Ley 100 de 1993**, esto es, con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado la actora, durante toda la vida laboral y/o durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, ***el que le resulte más favorable***

Respecto de la tasa de reemplazo, habrá de aplicarse lo contenido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Intereses Moratorios del Artículo 141 de la Ley 100 de 1993

Finalmente, en lo que corresponde a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no habrá lugar a ordenar su reconocimiento, en razón a que, el disfrute de la prestación económica, se encuentra condicionado a la desafiliación de la demandante del sistema general de pensiones.

En lo concerniente a los argumentos del recurso de apelación y alegatos de conclusión, la presente Colegiatura considera que estos fueron resueltos y atendidos en las consideraciones anteriores.

En razón a lo vertido, y sin necesidad de más consideraciones, se confirmará la Sentencia apelada y consultada.

Costas

En cuanto a la condena en **costas**, se tiene en cuenta que el artículo 365 del CGP, dispone que se condenará por dicho concepto a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; lo que descarta cualquier otro miramiento, referente a la buena o mala fe. Por lo cual, la condena impuesta en ese sentido en la decisión de primera instancia a las demandadas, se mantendrá al haber sido vencida en juicio.

En ese orden, las **Costas** en esta instancia estarán a cargo de **PORVENIR S.A.**, la suma de cuatro millones de pesos ($4.000.000) m/cte., por no haber sido avantes en su recurso de apelación, como agencias en derecho.

Decisión

En mérito de lo expuesto, ésta Sala 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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la Sentencia No. 014 proferida el **23 de enero de 2020,** por el **Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali**, en el proceso promovido por la señora **Maria Noira Gómez** en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., por las consideraciones vertidas en este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías **PORVENIR S.A.;** inclúyanse como Agencias en Derecho de esta instancia, la suma de cuatro millones de pesos ($4.000.000) m/cte., en favor de la demandante Maria Noira Gómez, liquídense oportunamente.

TERCERO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

No siendo otro el objeto de la presente se firma en constancia como aparece.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente

CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada

ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada