



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	ESTELA FERNANDA ROMERO AGREDO
Demandados	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación	760013105011202000088 01
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen y Pensión de Vejez
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 a la afiliada 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 <u>traslado de los aportes y rendimientos financieros</u>, 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. Traslados de administradoras dentro del RAIS: La

	actuación viciada del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, <u>no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.</u> Reconocimiento pensión de vejez - 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. Procede la condena en costas, en primera y segunda instancia, en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, cuando la parte ejerce oposición y resulta vencida en juicio.
--	---

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de octubre 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 **numeral 1º del Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022**, en Segunda Instancia, en el proceso de la referencia.

En el acto, se proceden a **resolver los recursos de apelación** formulados por las **demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.**, contra la **Sentencia 072 del 05 de abril de 2022**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el **grado jurisdiccional de consulta** de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º 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.

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

SENTENCIA No. 358**Antecedentes**

ESTELA FERNANDA ROMERO AGREDO presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES** y la **Administradora de Fondo de Pensiones y 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 la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual; consecuentemente, declarar que a la actora le asiste el derecho a la **pensión de vejez** a partir del cumplimiento de los requisitos, y así, reconocer y pagar dicha prestación desde la misma calenda, igualmente declarar el pago de los **intereses moratorios** en caso que la demandada no reconozca en forma oportuna dicha prestación. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, la actora señaló que, nació el **06 de enero de 1963**, y estuvo afiliada y realizó cotizaciones al Sistema General de Pensiones administrado para la época por el Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy Colpensiones, desde el 20 de mayo de 1987.

Que, en el mes de septiembre de 1995, la actora se vinculó al RAIS con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., decisión que tomó basada en los ofrecimientos del asesor de esa entidad, relacionados a las bondades de dicho régimen; pero, no le informaron sobre las ventajas y desventajas del traslado, ni se le entregaron proyecciones o cálculos entre ambos regímenes.

Que, el 08 de noviembre de 2019, radicó ante la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, solicitud de traslado al RPM; sin embargo, en respuesta se le indicó que no era procedente tal

petición porque la solicitud de afiliación fue realizada de manera directa y voluntaria, ejerciendo así su derecho a la libre elección de régimen.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de esta acción, y propuso las excepciones de fondo: **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la Innominada, Buena fe y Prescripción.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **sentencia 072 del 05 de abril de 2022**; declarando la ineficacia de la afiliación del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad de la señora ESTELA FERNANDA ROMERO AGREDO, en consecuencia, generar el regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES. Ordenando a PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES todas las sumas que recibió con ocasión del traslado de la demandante, entre ellas, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados al igual que todas las comisiones y gastos de administración, incluidas las primas de seguro previsional, recibidas con ocasión del traslado de la demandante. Ordenando a COLPENSIONES a recibir las sumas provenientes de PORVENIR S.A. Condenando a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante, a partir del día siguiente en que se acredite la novedad de retiro, o se efectúe la última cotización al sistema de pensiones, prestación que deberá liquidar conforme a lo dispuesto en el art. 21 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, en cuantía que no podrá ser inferior al SMLMV. Condenando a

COLPENSIONES a reconocer y pagar a partir de la ejecutoria del fallo los intereses moratorios, hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas, siempre y cuando, para esa calenda ya se haya acreditado el retiro del sistema o se haya realizado la última cotización. Y finalmente, impone costas, de esa instancia, a las demandadas.

Recursos de Apelación

La apoderada judicial de la **demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, presentó **recurso de apelación**, indicando que, en cabeza de la afiliada recae la potestad exclusiva de elegir el régimen pensional al cual desea vincularse y al diligenciar el formulario de afiliación al RAIS, dicho formulario constituye plena prueba de la voluntad de la afiliada al momento de efectuar el traslado, en tal sentido la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal, y, al haberse efectuado un acto que se reputa a todas luces motivado por la voluntad de quien lo suscribió, el mismo es válido y no debieron estar llamadas a prosperar las pretensiones relativas a la ineficacia de la afiliación y a la nulidad del traslado que se predica.

Se debe tener en cuenta que, lo que respecta a presuntos vicios del consentimiento configurados al momento del traslado, con fundamento en la ausencia de una proyección de mesada pensional y en la presunta desventaja que le comporta a la afiliada recibir una mesada pensional en el RAIS, resulta pertinente señalar que, a diferencia de lo que se plantea en la demanda, tales circunstancias no constituyen vicio del consentimiento, porque para el momento de la afiliación, era imposible predecir los ingresos bases de cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años, y calcular una mesada pensional real al momento de la afiliación, ya que, los ingresos económicos pueden variar en relación con los reportados en su historia laboral hasta la fecha.

Que, la actora cuenta con el número de semanas, y el capital ahorrado

en el RAIS, para adquirir su pensión, por lo que, se puede establecer que, cuenta con un estatus de pensionada en dicho régimen, a pesar de que la misma no se encuentre percibiendo dicha prestación, razón por la que, no debió declararse la nulidad del traslado y mucho menos se debió condenar a la entidad al reconocimiento y pago de una pensión de vejez, más aún cuando no se tienen los recursos por parte de la AFP en las cuentas de Colpensiones, mal haría la entidad en reconocer una pensión de sobrevivientes sin tener en cuenta los dineros que deben ser regresados.

La entidad no debió ser condenada en costas y agencias en derecho ya que, la misma no tuvo injerencia en el traslado efectuado por la demandante, por lo que no se le puede predicar el pago de costas.

Respecto a los intereses moratorios, se debe tener en cuenta que, no es pertinente el pago y reconocimiento de los intereses, toda vez que, la demandante no se encuentra vinculada en el RPM y, en tal sentido, no existe un acto administrativo en el cual se le haya reconocido la pensión y por ende no es válida la condena a pagar los intereses moratorios que se le impuso.

La apoderada judicial de la **demandada Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.**, formuló igualmente, **recurso de apelación**, manifestando que, frente a la afiliación realizada por la demandante, cumplió con todos los requisitos vigentes al momento de dicho traslado, esto es, para el año 1995, momento en el cual la actora decide voluntariamente afiliarse a la AFP, razón por la cual, no se puede dar una aplicación retroactiva de la norma al caso, pues se pretenden exigir a la entidad obligaciones que no se encontraban vigentes al momento de vinculación de la actora, pues, tan solo a partir del 1º de julio de 2010, se considera como obligatorio para las AFPs, informar por escrito, beneficios puntuales de cada uno de los regímenes e informar el monto de la pensión, razón por la cual se torna totalmente válido que por parte de la AFP se la haya brindado la información a la

demandante de manera verbal y que consta por escrito es el formulario de afiliación, toda vez que, era el único documento que se exigía en cabeza de las AFPs en dicho momento, no dejando de ser así completa, transparente y veraz, la decisión de la actora fue de forma consciente y espontánea, sin ningún tipo de presión o coacción, con su firma y diligenciamiento del respectivo formulario de afiliación, se considera una manifestación inequívoca de la realidad del momento por parte de la demandante.

Las acciones para reclamar la ineficacia se encuentran prescritas, ya que, no se está ante la presencia de un derecho pensional, porque una cosa es referirse a la consolidación del mismo, el cual podrá realizarse dentro del régimen en el cual se encuentre afiliada la demandante, que le corresponde al RAIS, y otra muy distinta, es la ineficacia del acto, el cual si define bajo cual régimen dicho derecho se ejercerá.

Respecto a la devolución de los gastos de administración, no es procedente, ya que las restituciones mutuas que hayan que hacerse en virtud del pronunciamiento de ineficacia en sentencias judiciales, no hay lugar a devolver los deterioros que se causen producto de dicho acto jurídico, en consecuencia, si se declara la ineficacia no hay lugar a que se ordene a la AFP, devolver lo contenido en la cuenta de la actora incluyendo los gastos de administración, ya que dicho rubro, es lo que se debe entender como las pérdidas o el deterioro que cada una de las partes debe asumir en la relación jurídica que sostuvieron a lo largo del tiempo.

Con relación a la devolución de los rendimientos, la consecuencia de la ineficacia es entender que el vínculo nunca existió, es decir, que la demandante nunca estuvo afiliada como tal, por lo tanto, significaría decir que sus aportes nunca fueron a una cuenta individual administrada por la entidad y frente a la cual se generaron unos rendimientos, luego entonces, si nunca existió dicha afiliación no habría lugar a devolver los rendimientos que se generaron durante todos los

años en que la demandante estuvo afiliada con la AFP.

En lo atinente a la devolución del bono pensional a Colpensiones, es debido precisar que, si existiese dicho bono pensional, este deberá ser trasladado a la entidad emisora, es decir, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no a Colpensiones.

Finalmente, tampoco se deben restituir las sumas adicionales de la aseguradora, por cuanto dichos valores operan como tal cuando existe el siniestro, es decir, cuando el seguro se materializa, esto es, cuando la demandante se pensiona por invalidez o sobreviviente, lo cual no sucede en el presente caso, además, no es procedente tal devolución ya que no se encuentran en poder de la demandada, sino de la compañía aseguradora contratada para la cobertura de las contingencias de invalidez y muerte, así mismo la destinación de dichas sumas también cumplió con su objetivo y, en consecuencia, aquellas ya se agotaron y extinguieron, adicionalmente la cobertura que brindó la respectiva compañía de seguro ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo por ser material y jurídicamente imposible, la actora durante todo el tiempo que ha estado afiliada en el RAIS estuvo y ha estado amparada en todos los riesgos de invalidez y muerte a través de los seguros contratados, primas que fueron pagadas a terceros y causadas, por lo cual no se encuentran en cabeza de la AFP para ser devueltos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las demandadas la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y la **Administradora de Fondos de Pensiones 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 **ESTELA FERNANDA ROMERO AGREDO**, nació el **06 de enero de 1963** y se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS**, hoy **COLPENSIONES**, el 20 de mayo de 1987 según reporte de semanas cotizadas (fl. 1 historia laboral de la carpeta administrativa); **(ii)** más adelante, la actora se trasladó al régimen de ahorro individual y se afilia con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, el **1º de octubre de 1995** (fl. 30 contestación Porvenir S.A.); y, **(iii)** el 08 de noviembre de 2019, radicó ante la entidad demandada Colpensiones solicitud de nulidad de afiliación y traslado de régimen, petición que fue negada (fls. 31 a 34 cuaderno ordinario).

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 ha ratificado a

través de la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad todos estos años; **IV)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, la actora se encuentra a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional; **V)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, la acción está prescrita; **VI)** el traslado de los gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual de la afiliada, del RAIS al RPMPD; y, **VII)** 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 en consecuencia, definir su derecho pensional.

Análisis del Caso

Ineficacia de Traslado

El traslado, como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto 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...”, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado, deber que, no se demostró en el proceso, hubiera sido acatado al momento del 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, por ello, 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. Debe 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 protección 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 protección al consumidor o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, se puede extraer de las documentales aportadas que, a partir del **1º de octubre de 1995** (fl. 30 contestación Porvenir S.A.), la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, donde se encuentra afiliada 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 SELECCIÓN Y AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese régimen lo hace de forma **libre, espontánea, y sin presiones**, circunstancias estas tres, muy diferentes a lo relacionado con haber suministrado la información suficiente al afiliado sobre las consecuencias positivas y negativas del traslado.

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 ignoraba la incidencia que aquella podía 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 las Administradoras 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 la AFP debió dirigir a la 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, 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 de la actora, 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 debidamente indexados,** deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., por lo cual, en el grado de consulta, se modificará la sentencia en tal sentido.

Como quiera que COLPENSIONES deberá actualizar la historia laboral de la actora, al momento de cumplirse la orden anterior, la administradora de fondo de pensiones del RAIS, deberá indicar debidamente discriminados, los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se concederá el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, y, una vez recibidos tales valores, COLPENSIONES contará con el mismo término para actualizar y entregar a la actora su historia laboral, razón por la cual se adicionará la providencia de primera instancia.

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 en favor de la **actora**, ni de **Colpensiones**.

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 mantenido 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 **ESTELA FERNANDA ROMERO AGREDO**, quien **nació el 06 de enero de 1963** (fl. 03 cuaderno ordinario), cumplió el requisito de edad de 57 años para acceder al derecho pensional por vejez, el **06 de enero de 2020**.

Contabilizadas las semanas reseñadas en la historia laboral Consolidada expedida por **PORVENIR S.A**, obrante en documento digital “08ContestaciónPorvenir” (págs. 82 a 89), se tiene que, entre el **20 de mayo de 1987 y el 30 de septiembre de 2020**, la demandante logró

reunir un total de **1.712 semanas**.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que, la señora **ESTELA FERNANDA ROMERO AGREDO**, cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez, conforme a la normatividad referida, y, causó el derecho a partir de la misma fecha que alcanzó sus **57 años** de edad.

Fecha de Disfrute de la Prestación

Sentado lo anterior, y con el fin resolver la controversia que aquí se plantea en cuanto a determinar la fecha a partir de la cual correspondía, efectivamente, el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante, es preciso traer a colación lo dispuesto en artículo 13 del Decreto 758 de 1990, que establece:

“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo”* (Subrayado fuera del texto)

Para ésta Sala, no existe duda en que, para que la afiliada beneficiaria de la pensión de vejez pueda iniciar a disfrutar de dicho derecho, debe acreditar, previo cumplimiento de los requisitos mínimos para acceder a ésta, **la desafiliación al sistema**, conforme lo dispone el Art. 13 del Decreto 758 de 1990, aplicable al presente asunto.

En sentencia de 7 de febrero de 2012, radicación No 39206, M.P. Dr. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, precisó:

*“...A pesar de la improsperidad del cargo, conviene acotar que, **si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagran necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario...**”.*

En este punto, se hace necesario reiterar que, es claro para ésta Sala que, tanto para la **causación** del derecho como para su **disfrute**, se deben cumplir los respectivos requisitos señalados en la ley para estos dos eventos, los cuales son disímiles, esto es, que para el primero deben converger tanto la edad como semanas exigidas, y para el segundo, la necesidad de desafiliación del sistema, la cual puede verificarse según las particularidades de cada caso.

Como se indicó en líneas anteriores, al **06 de enero de 2020**, cuando la señora **ESTELA FERNANDA**, cumplió el requisito de edad de **57 años** para acceder al derecho pensional por vejez, igualmente contaba con más de las **1300 semanas** exigidas para tal fin, y, por tanto, su **causación** sobrevino desde la misma calenda.

No obstante, la fecha del **disfrute**, en el presente asunto, aún se encuentra supeditada a la manifestación de la actora, de su voluntad de **desafiliación** del sistema, pues le mismo no se ha expresado o demostrado en el presente asunto; al punto, que siendo esta la conclusión a la que arribó el A quo en su decisión, la parte actora no presentó discrepancia alguna frente a la misma, al no formular recurso de apelación.

Quedando, entonces, solo entender que, el disfrute de la pensión de vejez por parte de la señora **ESTELA FERNANDA ROMERO AGREDO**, **solo procederá** una vez configurada la respectiva **desafiliación** del sistema.

Prescripción

Con relación al tema de la **prescripción**, tiene dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a través de su jurisprudencia que, el status de pensionado no prescribe, pero sí las mesadas causadas, e igualmente, los intereses moratorios como accesorios a las mismas, conforme lo disponen los artículos 488 del C. S. T. y 151 del C. P. T., teniendo en cuenta que ésta se da solo por un lapso de tres años.

En ese orden, se logra advertir que, en el presente caso, **no** ha operado la **prescripción** sobre las mesadas generadas en favor de la actora, toda vez que, la presente acción fue **radicada el 26 de febrero de 2020** (fl. 84 cuaderno ordinario), y el derecho pensional aquí reconocido se encuentra supeditado al momento del disfrute de la pensión.

Intereses Moratorios

Respecto de la solicitud de reconocimiento de los **intereses moratorios**, se tiene que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, establece:

“ARTICULO 141. Intereses de Mora. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.”

Se ha considerado, entonces que, la procedencia, o no, de condenar a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios depende en gran medida de los términos que debía observar para resolver oportunamente la solicitud de pensión. Y que siendo el pago de intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100/93 de carácter resarcitorio, no deben valorarse las situaciones que conllevaron a la tardanza, por tanto, configurada la mora en la solución del reconocimiento de la prestación debe resarcirse la misma mediante el pago de éstos en favor del pensionado, sin hacer ningún otro análisis.

No obstante, ésta Sala en casos similares al aquí planteado, ha aprehendido lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3207, radicación 83586 de 2020, respecto del reconocimiento de los intereses moratorios, así:

“No hay lugar a la condena en intereses moratorios al fondo demandado, pues la invariable jurisprudencia de esta Corte tiene establecido que los intereses moratorios previstos en la norma, no proceden cuando el reconocimiento del derecho pensional nace, como en este caso, de una creación jurisprudencial, tal como lo

ilustra, entre otras, la CSJ SL3087-2014 reiterada en la SL11234-2015, memorada en la sentencia CSJ SL763-2018".

Sin embargo, es evidente que, dada la orden para el reconocimiento pensional contenida en esta sentencia, la entidad encargada de hacerlo, Colpensiones, tendrá un plazo máximo de dos (2) meses contados a partir del momento en que reciba el traslado de la actora junto con los emolumentos aquí ordenados, para expedir el acto administrativo correspondiente e incluir en nómina de pensionados a la actora, luego de lo cual se causarán los mencionados intereses, de no cumplirse lo aquí dispuesto.

De esta forma, teniendo en cuenta que la ineficacia de la afiliación aquí declarada surge en aplicación del precedente jurisprudencial reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia; no se accederá al reconocimiento de los intereses en la forma deprecada por la actora, y en ese orden, se modificará la decisión de primera instancia, en cuanto a dicha condena, en la forma en que fue proferida, para dejarla como aquí se señaló.

Descuentos en Salud

De otra parte, estima la Sala que, en el presente caso, se debe **autorizar** igualmente, a la administradora pensional para que efectúe las retenciones legales y obligatorias para el subsistema de **salud**, conforme lo establece el artículo 143 de la ley 100 de 1993, **salvo de las mesadas adicionales**, como quiera que es una consecuencia que está estrechamente ligada o inherente al reconocimiento de la pensión derivada de los principios de universalidad y solidaridad. Es decir, es una carga que le impone la ley al pensionado de pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, precisamente en razón a esa condición. En tal sentido, se puede consultar la Sentencia 48003 de 21 de junio de 2011, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Por lo que se adicionará la sentencia consultada en tal sentido.

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 la demandada, se mantendrá al haber sido vencida en juicio, siendo liberalidad juez, analizar en cada caso concreto las circunstancias de la misma, para imponer los montos a cada una de las condenadas, sin que necesariamente tengan que ser iguales para todas; razón por la que se confirmará lo relacionado a la condena en costas a las demandadas.

En ese orden, las **Costas** en esta instancia estarán a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4'000.000) m/cte., como agencias en derecho, a sufragarse por cada una de ellas.

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

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: MODIFÍCASE y ADICIÓNASE el numeral **tercero** de la **Sentencia 072 del 05 de abril de 2022**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del**

Circuito de Cali, en el sentido de:

“TERCERO: ORDENAR a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, que proceda a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de lo ahorrado por **AMPARO QUINTERO CATAÑO**, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración, 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 debidamente indexados.

La **Administradora de Fondo de Pensiones del RAIS**, al momento de cumplir la orden impartida, deberá discriminar los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se concede el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de su notificación, y, una vez recibidos, por la **Administradora Colombiana de Fondos de Pensiones – Colpensiones**, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la actora su historia laboral, por las razones aquí expuestas.”, confirmando el numeral en todo lo demás.

SEGUNDO: MODIFÍCASE, el numeral quinto de la **Sentencia 072 del 05 de abril de 2022**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, en el sentido de:

“QUINTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, si transcurridos dos (2) meses contados a partir del momento en que reciba el traslado de la actora junto con los emolumentos aquí ordenados, no ha expedido el acto administrativo correspondiente e incluido en nómina de pensionados a la actora, los cuales se causarán desde el día siguiente al vencimiento de los dos (2) meses detallados en este numeral”.

TERCERO: ADICIÓNASE la **Sentencia 072 del 05 de abril de 2022**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, así

“AUTORIZASE a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a descontar de las mesadas

*retroactivas adeudadas, las sumas de dinero a las que haya lugar en razón de los aportes al sistema general de seguridad social en salud, **excepto de las mesadas adicionales**".*

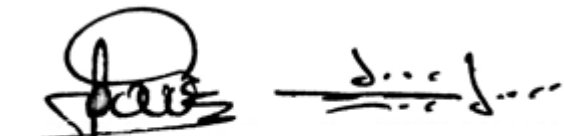
CUARTO: CONFÍRMASE, en todo lo demás, la **Sentencia 072 del 05 de abril de 2022**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, por las razones expuestas.

QUINTO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.**, en favor de la demandante **ESTELA FERNANDA ROMERO AGREDO**; liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de esta instancia, la suma de **CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4'000.000) m/cte.**, a sufragarse por cada una de ellas.

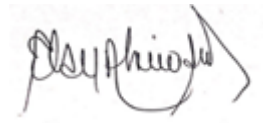
SEXTO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado que dictó la sentencia de primera instancia.

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