



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	GLADYS ESTUPIÑAN MENDEZ
Demandados	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación	760013105004202000220 01
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen y Pensión de Vejez
Sub Temas	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>Traslados de administradoras dentro del RAIS: La</p>

	<p>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></p> <p>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 Acuerdo 049 de 1990.</p> <p>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.</p>
--	---

En Santiago de Cali, a los dieciséis (16) días del mes de diciembre 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 172 del 28 de junio de 2022**, proferida por el **Juzgado Cuarto 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. 415

Antecedentes

GLADYS ESTUPIÑAN MENDEZ 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 **02 de enero de 1959**, que, 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 05 de abril de 1976.

Que, el **1º de agosto de 1994**, 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 06 de marzo de 2019, radicó ante la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, solicitud de traslado al RPM; sin embargo, en respuesta, se le indicó que no cuenta con los 15 años o más de

servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de Seguridad Social en Pensiones (01/04/1994), requeridos para efectuar el traslado por sentencia unificada 062 de 2010.

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

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 Cuarto Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia 172 del 28 de junio de 2022**; declarando no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, igualmente, que la señora GLADYS ESTUPIÑAN MENDEZ goza del RÉGIMEN DE TRANSICIÓN por tiempo de servicio al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 de conformidad con el artículo 36 de dicha norma, por lo tanto, le es factible trasladarse al RPM en cualquier tiempo. Ordenando a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos. Ordenando a COLPENSIONES recibir por parte de PORVENIR S.A., la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, conservando para ese efecto a la actora todos sus derechos y garantías que tenía en el RPM antes de efectuarse el traslado al RAIS. Reconocer a favor de la actora la PENSIÓN DE VEJEZ desde el 01 de enero del año 2020 en los siguientes montos: Año 2020 \$5.113.639, Año 2021 \$5.195.968 y Año 2022 \$5.487.982. Condenando a COLPENSIONES a reconocer y

pagar a la demandante la cuantía de \$5.113.639 a partir del primero de enero del año 2020 tanto para las mesadas pensionales ordinarias como para una mesada adicional para un total de 13 mesadas anuales. Al monto de la pensión se le deberá realizar los aumentos anuales establecidos en la ley. El retroactivo pensional generado entre el 01 de enero del año 2020, hasta el 31 de mayo del año 2022 arroja la suma de \$205.368.660 a partir del primero de junio del año 2022 el monto de la mesada pensional le corresponde a la suma de \$5.487.982. Condenando a COLPENSIONES a pagar a la demandante la indexación del retroactivo pensional de conformidad con el índice al precio del consumidor certificado por el DANE mes a mes teniendo como índice inicial el vigente en el mes de su causación y como índice final el vigente en el mes inmediatamente anterior a su liquidación. Ordenando a COLPENSIONES que del retroactivo pensional realice los descuentos para la salud. Finalmente, imponiendo costas a las demandadas.

Recursos de Apelación

La apoderada judicial de la **demandada Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.**, formuló **recurso de apelación**, manifestando que, la entidad cumplió cabalmente con la normatividad vigente al momento en que se efectuó la vinculación, sin que pudiese efectuarse algún tipo de reparo frente a la afiliación que realizó la actora como quiera que la misma se dio conforme con el lleno de los requisitos legales vigentes al momento que se realizó.

La AFP validó la solicitud presentada de la demandante para efectos que se concediera su traslado de régimen al RPM o su retorno a este régimen sin que se hubiesen cumplido los requisitos vigentes para dar aplicación a los presupuestos de la Sentencia SU – 062 de 2010, ante dicha validación, de acuerdo a la historia laboral de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ,se evidenció que la demandante contaba si quiera con 741 semanas de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es al 1º de

abril de 1994, por tanto, no resultaba procedente la aplicación de dichos requisitos y en consecuencia la orden a retornar a la actora al RPM puesto que, para poder dar aplicación a dicha providencia se requiere que se cumpla por parte de la demandante por lo menos 15 años de cotización, por lo cual no era beneficiaria de retornar al régimen de prima media, en consecuencia debía tenerse en cuenta que el acto de traslado efectuado por la demandante fue completamente válido dado que no solamente se ciñó a la normatividad vigente al momento en que se efectuó sino que la actora no es beneficiaria del derecho de retornar al RPM.

El acto suscrito por la demandante de la firma del formulario de afiliación, permite evidenciar que, se encontraba conforme con las características y condiciones del RAIS, una de las consecuencias del traslado de régimen es abandonar los beneficios del régimen de transición, la actora de manera libre y voluntaria decide firmar este formulario.

No le era exigible a la AFP conservar cualquier tipo de constancias o soporte documental de la asesoría proporcionada de la demandante al momento de su afiliación, no obstante lo cual, si se puede afirmar que, la actora fue informada sobre los efectos del traslado de régimen que iba a realizar, y por tanto, ella de manera libre y voluntaria, a través de la suscripción del formulario de afiliación tomó la decisión de vincularse al RAIS haciéndose beneficiaria no solamente de las consecuencias positivas de su traslado como generación de rendimientos, posibilidad de pensionarse de manera anticipada, sino también de los efectos adversos como la pérdida de los beneficios del régimen de transición.

Igualmente, no resulta procedente la orden de reconocimiento de mesada pensional por parte de Colpensiones, como quiera que el fondo que ella actualmente se encuentra válidamente afiliada es Porvenir S.A., y una vez se reúnan los requisitos dispuestos para poder proceder con el reconocimiento de la mesada pensional respectiva, pues la AFP

efectuaría dicho reconocimiento, el cual debía efectuarse con base en las normas vigentes para los afiliados al RAIS.

Partiendo de que la afiliación de la demandante se dio conforme a derecho y de acuerdo a la normatividad vigente al momento en que se dio la vinculación, no habría lugar a la orden de declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación, y tampoco habría lugar a la orden de devolver aportes y rendimientos de cuenta, en relación con los segundos, en este caso debe entenderse que, la declaratoria de ineficacia de la afiliación se dio, entonces, la demandante nunca efectuó los aportes, los que jamás fueron administrados por la entidad y en consecuencia nunca se generaron los rendimientos, por lo que, no habría lugar a retornar conceptos que resultaran inexistentes dado que no se habrían generado producto de la gestión de administración de la AFP a los recursos de la cuenta de la actora.

El apoderado judicial de la **demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, presentó igualmente, **recurso de apelación**, indicando que, para la época en que la demandante se trasladó de régimen pensional, Colpensiones no entraba en operación, y en este caso y en la documentación se evidencia que el antiguo ISS nada tuvo que ver con el proceso de afiliación y asesoría que recibió la parte actora suscrito al traslado de régimen al fondo privado.

La prohibición de traslado cuando a la afiliada le falten diez años o menos para cumplir la edad para obtener el derecho a la pensión, obedece a la finalidad constitucional de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y asegurar de este modo el pago futuro de pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas, de manera que para encontrar vinculación al fondo privado debió someterse a las disposiciones que lo regulan no siendo el competente la entidad, para cancelar la prestación alegada.

En el presente caso la demandante no acredita 15 años de servicio al 1º

de abril de 1994, a fin de ser merecedora de la posibilidad de retorno al RAIS, donde se encuentra válidamente vinculada, al régimen de prima media administrado por Colpensiones así mismo la AFP Porvenir S.A., le indicó que no cumplía con el requisito de tiempo de servicio, no se observa en el plenario medio de prueba que permita establecer que lo ahorrado en el RAIS sea superior al monto del aporte legal que corresponde tener si hubiese pertenecido al RPM.

Teniendo en cuenta que, la fecha de la presentación de la demanda es el 24 de agosto de 2020 y la fecha de la reclamación administrativa data de marzo de 2019, la demandante contaba con 60 años, ya que nació el 02 de enero de 1959, de igual manera la fecha de la solicitud del retorno al régimen de prima media en 2009, la actora no contaba con los requisitos para solicitar el traslado, es decir, tanto en la fecha de reclamación administrativa como en la presentación de la demanda, la demandante se encontraba a menos de diez años para pensionarse, situación que deviene en la imposibilidad de trasladarse del RAIS al RPM, escenario que advierte que, la fecha en que se efectuó el traslado hacia la AFP Porvenir S.A. en junio de 1997, máxime cuando el traslado realizado por la demandante se hizo atendiendo la libertad de escogencia de régimen, lo cual no permite inferir su inconformidad con el RAIS, donde ha permanecido durante 24 años lo que permite concluir que conoce los beneficios y ventajas del mismo, no sería otro el motivo de trasladarse de régimen y permanecer en el RAIS durante varios años.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las **demandadas 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 **GLADYS ESTUPIÑAN MENDEZ** se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS**, hoy **COLPENSIONES**, el 05 de abril de 1976 según reporte de semanas cotizadas (fl. 311 contestación Colpensiones); **(ii)** más adelante, la actora se trasladó al régimen de ahorro individual y se afilió con la **AFP HORIZONTE**, hoy **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, el **1º de agosto de 1997** (fl. 29 contestación Porvenir S.A.); y, **(iii)** el 06 de marzo de 2019, radicó ante COLPENSIONES solicitud de nulidad de afiliación y traslado de régimen, petición que fue negada (fl. 11 a 12 anexos).

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)** el traslado de los gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual de la afiliada, del RAIS al RPMPD, debidamente indexados; **VI)** declarar probada la excepción de prescripción de la presente acción; y, **VII)** determinar si la actora cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, por remisión del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, 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 3° 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 agosto de 1997** (fl. 29 contestación Porvenir S.A.), la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, hoy **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 HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, hoy **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 a la afiliada 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, 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, se debe establecer primeramente si la demandante, es beneficiaria del régimen de transición, conforme a lo dispuesto en el inciso 2º artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece:

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

Por su parte el Acto Legislativo 01 de 2005, estipula en el Parágrafo transitorio 4º, lo siguiente:

“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

Se puede evidenciar que, la señora **GLADYS ESTUPIÑAN MENDEZ**, nació el **02 de enero de 1959** (fl. 47 anexos), teniendo entonces que para la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con **35 años de edad**, por lo tanto, es beneficiaria del régimen de transición por la edad.

De igual forma, al acudir al reporte de semanas cotizadas expedida por Colpensiones (fl. 311 a 317 anexos), se puede constatar que la

demandante **GLADYS ESTUPIÑAN MENDEZ**, acumuló más de las **750 semanas** exigidas en el Parágrafo Transitorio 4º del Artículo 48 de la Constitución Política, incluido por el Artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005; con lo cual, se puede decir que el beneficio del régimen se extiende, a su favor, hasta el **31 de diciembre de 2014**.

En ese orden, es dable verificar si, en el caso de la actora, le es aplicable lo dispuesto en el **Acuerdo 049 de 1990**, aprobado por el Decreto 758 de 1990, para generar la prestación económica por vejez.

De este modo, exigiendo la norma en cita, el contar las mujeres con la edad de **55 años y 1000 semanas** acumuladas en cualquier tiempo, se puede advertir que la señora **GLADYS ESTUPIÑAN MENDEZ**, alcanzó dicha edad el **02 de enero de 2014**, y que, hasta esa misma calenda ya contaba con más de **1000 semanas**, como se colige de la Historia Laboral Consolidada expedida por la APF PORVENIR S.A. (fl. 33 a 41 - contestación Porvenir S.A.).

Situación que, se traduce en que, a la señora **GLADYS ESTUPIÑAN MENDEZ**, le es dable la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, para el otorgamiento de la pensión de vejez, dado que, igualmente, su **causación** tuvo lugar antes del **31 de diciembre de 2014**, cuando finalizó el régimen de transición, en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Fecha de Disfrute de la Prestación

Sentado lo anterior, y con el fin de determinar la fecha a partir de la cual corresponde, 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 **02 de enero de 2014**, cuando la señora **GLADYS ESTUPIÑAN MENDEZ**, cumplió el requisito de edad de **55 años** para acceder al derecho pensional por vejez, igualmente contaba con **más de las 1000 semanas** exigidas para tal fin, y por tanto su **causación** sobrevino desde la misma calenda.

Sentado lo anterior, observa éste Tribunal que, dentro de sus pretensiones, la actora perseguía que el reconocimiento pensional fuera

declarado, reconocido y pagado, a partir de la fecha antes fijada como de causación, **02 de enero de 2014**; no obstante, debe tenerse en cuenta que, tal petición resulta ser *a priori*, pues la radicación de esta acción data del mes de agosto de 2020, se hizo sin tener en cuenta las posibles circunstancias laborales que, de forma positiva o negativa, podrían afectar no solo las semanas acumuladas, sino también los IBC que beneficiarían o desmejoraría el cálculo del IBL y consecuentemente el monto de su mesada pensional inicial.

Lo anterior, se traduce en que, si bien a la actora le era dable acceder al disfrute del derecho pensional a partir de la fecha en que alcanzó la edad mínima requerida, también es claro que, su voluntad de desafiliación del sistema no se demostró en el presente asunto a partir de tal calenda, pues después de la misma se registran pagos de aportes hasta el mes de **diciembre de 2019** (fl. 41 - contestación Porvenir S.A.).

Quedando, entonces, solo entender que, desde esta última fecha se encontraba configurada la respectiva **desafiliación** del sistema, toda vez que no observan pagos posteriores a esa calenda, dentro de su historia laboral expedida por Porvenir S.A. Por tanto, el **disfrute** de la pensión de vejez, en este caso, es a partir del **1º de enero de 2020**.

Ingreso Base de Liquidación y Mesada Pensional

Ha considerado ésta Sala que, el ingreso base de liquidación (**IBL**) de la pensión de vejez, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, puede establecerse con el promedio de lo cotizado en toda la vida laboral, o lo cotizado en los últimos diez años, optando por la que le fuera más favorable; teniendo en cuenta la totalidad de semanas que realmente fueron acumuladas por la afiliada.

Así, acudiendo al reporte de semanas cotizadas arrojado al plenario (fl. 33 a 41 - contestación Porvenir S.A.), procedió esta Sala a realizar la respectiva liquidación del **IBL** con el promedio de lo cotizado en los

últimos diez años, el cual es más favorable, conforme se estableció igualmente en la sentencia de primera instancia. Se obtuvo la suma de **\$6.055.651,16.**

Fijado lo anterior, se procede a determinar la **tasa de reemplazo** que se debe aplicar para la determinación del valor de la primera mesada de la pensión de vejez otorgada a la demandante.

De esta forma, según la información plasmada en la Historia Laboral Consolidada, expedida por Porvenir S.A. (fls. 33 a 41 - contestación Porvenir S.A.), la demandante **GLADYS ESTUPIÑAN MENDEZ**, en toda su vida laboral comprendida entre el **05 de abril de 1976 y el 31 de diciembre de 2019**, acumuló un total de **1708 semanas**; por lo tanto, conforme lo señalado en el en el **Art. 20 del Acuerdo 049 de 1990**, a la demandante le es aplicable una **tasa de reemplazo del 90%**.

Así, la mesada inicial que se debe reconocer a la actora a partir del **1º de enero de 2020**, corresponde a la suma de **\$5.450.086,04**.

Teniendo que el juez de primera instancia, estableció como mesada inicial la suma de \$5.113.639, tal decisión no puede ser modificada en esta instancia, toda vez al no haberse presentado recurso de apelación por la parte actora en tal sentido, la misma es conocida por este Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, situación que se asimila a que la entidad demandada es la única apelante frente a tal condena, y se estaría contrariando el principio de la ***Non Reformatio In Pejus***.

No obstante, el valor de la mesada pensional, aquí establecido, se condiciona a su revisión, por parte de COLPENSIONES, una vez el fondo o fondos de pensiones privadas trasladen el capital y demás emolumentos a COLPENSIONES, toda vez que dicho valor podría variar a favor de la pensionada, por la distribución que en cada régimen existe del aporte.

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 11 de agosto de 2020 según acta de reparto, y el derecho pensional aquí otorgado surge a partir del **1º de enero de 2020.**

Mesadas Adeudadas

Así, lo adeudado por la entidad demandada a la actora, por concepto de mesadas retroactivas, generadas entre el **1º de enero de 2020 y el 30 de noviembre de 2022**, debidamente actualizado y sin que constituya agravante para ninguna de las partes, corresponde a la suma de **\$199.880.683**. Debiéndose modificar la sentencia de primera instancia en tal sentido.

Señalando que, la mesada a cancelar a partir del mes de diciembre de **2022**, corresponde a la suma de **\$5.487.982**, y para los años subsiguientes con los incrementos de ley.

Indexación

Dada la procedencia del reconocimiento de mesadas pensionales en favor de la actora, es pertinente examinar si es viable actualizar dichos valores mediante la **indexación**; como fue establecido en la decisión de primera instancia.

Considera la Sala que, al no haber sido recibidos los valores o sumas de dinero correspondientes a los mencionados emolumentos dentro del período de su causación, es claro que los mismos se encuentran afectados por el fenómeno económico de la devaluación monetaria que opera en economías inflacionarias como la colombiana; por consiguiente, se considera procedente condenar al reconocimiento de la indexación de dichos valores, desde el momento de su causación, mes a mes, hasta la culminación de los dos (2) meses contados a partir del momento en que reciba el traslado de la actora junto con los emolumentos aquí ordenados, pues a partir de dicha data, se causarán los intereses moratorios, tal como quedó establecido en el acápite que precede.

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 confirmará 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 las demandadas, se mantendrá al haber sido vencidas 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 **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, 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 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 172 del 28 de junio de 2022**, proferida por el **Juzgado Cuarto 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 GLADYS

ESTUPIÑAN MENDEZ, 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 parcialmente el numeral **sexto** de la **Sentencia 172 del 28 de junio de 2022**, proferida por el **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali**, así:

“CONDÉNASE a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante **GLADYS ESTUPIÑAN MENDEZ**, la suma de **\$199.880.683**, por concepto de mesadas retroactivas generadas entre el **1º de enero de 2020 y el 30 de noviembre de 2022**, y las que posteriormente se sigan generando hasta su inclusión en nómina de pensionados.

Indicando que la suma que debe continuar cancelando como mesada pensional desde diciembre de 2022 corresponde a **\$5.487.982**, con los incrementos de ley para los años subsiguientes”. Confirmando este numeral en todo lo demás.

TERCERO: ADICIÓNASE la **Sentencia 172 del 28 de junio de 2022**, proferida por el **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali**, en el sentido de indicar que: **El valor de la mesada pensional, aquí establecido se condiciona a su revisión, por parte de COLPENSIONES, una vez el fondo o fondos de pensiones privadas trasladen el capital y demás emolumentos a COLPENSIONES, toda vez que dicho valor podría variar a favor del pensionado, por la distribución que en cada régimen**

existe del aporte.

CUARTO: CONFÍRMASE, en todo lo demás, la **Sentencia 172 del 28 de junio de 2022**, proferida por el **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali**, por lo motivado.

QUINTO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, 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 ellas, y en favor de Gladys Estupiñán Méndez.

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