



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADA PONENTE**

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GLADYS MEJÍA LASSO
DEMANDADO	COLPENSIONES Y OTROS
RADICADO	76001-31-05-002-2019-00892-01
JUZGADE ORIGEN	JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO QUIEN REMITIÓ EL PROCESO AL JUZGADO VEINTE LABORAL
TEMAS Y SUBTEMAS	NULIDAD TRASLADO - PENSIÓN DE VEJEZ - NO REGIMEN TRANSICIÓN AC 049/90- SI LEY 100/93
DECISIÓN	MODIFICA

Santiago de Cali, Valle del Cauca, veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, Porvenir S.A. y Colpensiones, e igualmente el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, de la sentencia n° 082 de 24 de junio de 2022, emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, por lo que se dicta la siguiente:

SENTENCIA n° 245

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado desde el régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., y en consecuencia, se ordene a Colpensiones reconocer y pagar una pensión de vejez, junto a los intereses moratorios que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Como sustento de sus pretensiones dijo que, nació el 8 de marzo de 1961, y se afilió al ISS hoy Colpensiones el 21 de septiembre de 1984, acumulando un total de 405 semanas en el RPMPD; que se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., donde se encuentra actualmente, sin que le ofrecieran información de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, y acumuló un total de 1073 semanas en ese régimen pensional.

Que el 1 de agosto de 2019, solicitó el traslado de régimen y el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones y Porvenir S.A., respondiéndole de manera negativa. (Doc. 01, fls. 5 a 24)

CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones, toda vez que, la actora decidió trasladarse de régimen de manera libre y voluntaria.

Por último, propuso las excepciones de mérito denominadas «*Innominada; Inexistencia de la Obligación y Cobro de lo No Debido; Buena Fe; Prescripción.*» (Doc. 01, fls. 78 a 87)

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, y manifestó que no omitió información al momento del traslado de la actora y su decisión fue libre y espontánea, con consentimiento informado del traslado de régimen; que la actora lleva más de 20 años en el RAIS y nunca hizo uso de su derecho de retracto.

Propuso las excepciones de fondo denominadas «*Prescripción; Cobro de lo No Debido por Ausencia de Causa e Inexistencia de la Obligación y; Buena Fe.*» (Doc. 01, fls. 94 a 118)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n° 082 de 24 de junio de 2022, resolvió:

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de la señora **GLADYS MEJIA LASSO** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad que tuvo como fecha efectiva el **08 de OCTUBRE de 1997**, proveniente del extinto **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES (ISS)** hoy la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante, contenidos en su cuenta individual de ahorro, tales como la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, las sumas adicionales de la aseguradora, los bonos pensionales, 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, con todos sus frutos e intereses, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, de los cuales los tres últimos deberán ser entregados debidamente indexados. (si los hay)

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a admitir el traslado del régimen pensional de la demandante, **GLADYS MEJIA LASSO**.

QUINTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a aceptar todos los valores que reciba de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** en los términos anteriormente expuestos.

SEXTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor de la demandante, **GLADYS MEJIA LASSO** la pensión de vejez de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, la cual se hará efectiva a partir de la demostración por parte de la demandante de la respectiva desafiliación al Sistema General de Pensiones en los términos del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

SEPTIMO: ORDENAR a **COLPENSIONES**, a realizar el ingreso base de liquidación, conforme a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y con base en las semanas que allí se obtengan y en virtud que se van a trasladar, se determine la tasa de reemplazo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, con base en las semanas que se determinen del traslado y las que se realicen hasta la desvinculación efectiva de la demandante del sistema general de pensiones.

Para arribar a esa conclusión, el Juez precisó que, de las probanzas allegadas al *dossier* no se acreditó que Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., al momento del traslado le hubiese suministrado una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias que el traslado acarrearía para el futuro pensional de la demandante, obligación que desde siempre ha estado en cabeza de las AFP.

Resaltó que, pese a que Porvenir S.A. pretende demostrar que cumplió con su deber de información con la copia del formulario de afiliación, esta documental es insuficiente y desconoce el precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia, que establece que las leyendas pre-impresas en el formulario de afiliación no son indicativas del deber de información.

Por lo anterior, ordenó a Porvenir S.A., devolver todos los saldos correspondientes a la cuenta de ahorro de la actora, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, etc., y a Colpensiones aceptar la afiliación junto a la pensión de vejez conforme al art. 12 del Acuerdo 049/90, porque consideró que la actora cumplió con los requisitos para acceder a dicha prestación.

No obstante, respecto del disfrute de la pensión señaló que, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la misma se materializa a partir de la desafiliación definitiva del sistema, por lo anterior, indicó que, no basta con el cumplimiento de la edad y semanas exigidas, es necesario proceder con la desafiliación del régimen pensional para exigir de la administradora de pensiones su pago.

Así las cosas, indicó que, si bien, la demandante causó la pensión de vejez al cumplir los 57 años de edad, es decir, el 8 de marzo de 2018 por tener más de 1300 semanas cotizadas, el disfrute de la pensión será a partir de su desafiliación y que, en el presente caso, aún no se ha dado, lo anterior, por cuanto es claro que la actora Gladys continúa realizando cotizaciones a la administradora de pensiones Porvenir S.A., ya que al verificar la plataforma RUAF todavía presenta aportes a pensión.

En ese sentido, indicó que no hay lugar a retroactivo pensional y el disfrute de la pensión iniciará a partir de la data del retiro del sistema general de pensiones, en virtud del art. 13 del AC 049/90 como quiera que, en el presente caso, no se observa que, la demandante tenga voluntad de no continuar vinculada al sistema. (Doc. 08, min. 31:16 a 48:53)

III. RECURSO DE APELACIÓN

La **Demandante**, apeló el numeral 6 de la sentencia, en el sentido que, la pensión de vejez deber ser reconocida desde el 1 de agosto de 2019, fecha en que la solicitó toda vez que, lo que se dio fue un retiro tácito del sistema, el cual la Corte Suprema Justicia ha indicado que la desafiliación del sistema de pensiones, ocurre en 2 situaciones, el primero, cuando el afiliado manifiesta por escrito su deseo de retirarse del sistema pensional para gozar de la pensión de vejez, y la segunda, cuando de manera tácita el afiliado ha solicitado el reconocimiento de su pensión, pues se ha de entender, que si la solicita, implica su manifestación de su desafiliación del sistema para gozar de su pensión. (Doc. 8, min. 49:07 a 50:55)

Colpensiones apeló la sentencia con el argumento que no es el competente para declarar la nulidad de traslado de régimen; sumado a que, al momento de solicitar la nulidad de traslado, la actora le faltaba menos de 10 años para pensionarse, por lo tanto, es improcedente recibirla en virtud del art. 2 de la Ley 797 de 2003.

De igual forma, indicó que la demandante no probó ningún vicio del consentimiento, aunado a que, validó su afiliación al permanecer más de 15 años en el RAIS, que la actora no probó si la pensión reclamada es superior a la que puede recibir en el RAIS y que para la época en que se trasladó de régimen, las administradoras no tenían la obligación de asesorar, sino un simple deber de información.

Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, manifestó que, no se puede partir de la base de supuestos, porque no se aportó prueba alguna para comparar la pensión que podría el RAIS otorgarle con la del RPMPD; así mismo, solicitó revocar la condena en costas porque, no son ellos quienes tienen la competencia para declarar la nulidad pretendida.

Que en el evento se confirme la sentencia, solicitó que se ordene la devolución de todos los recursos de la cuenta individual de la demandante, como también las cuotas abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, todos los rendimientos, bonos pensionales, lo concerniente a seguros previsionales, cuotas y gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima correspondiente al 1.5%, seguro de invalidez y sobrevivencia correspondiente al 1.6% y el 11.5 correspondiente a su cuenta individual, igualmente las sumas que deben ir indexadas (Doc. 8, min. 50:59 a 1:02:21)

Porvenir S.A., pidió que se revoque la sentencia, teniendo en cuenta que al momento del traslado le suministró la asesoría debida a la demandante, que para la data del traslado no era obligatorio dejar constancia escrita de la información proporcionada, ni estaban obligados a realizar proyecciones pensionales o algún otro dato diferente al formulario de afiliación, obligación que cumplió a cabalidad.

Así mismo, expuso que la afiliación se dio con el cumplimiento de los requisitos legales, puesto que no fue la entidad que realizó el traslado, y la demandante cuando solicitó afiliación a ese fondo cumplía con todos los requisitos legales.

Destacó que la actora no demostró vicios del consentimiento que invaliden la afiliación realizada, puesto que él, lo único que espera recibir es un mayor valor en su mesada pensional.

Mostró su inconformidad respecto a los rendimientos financieros, dado que si la actora nunca estuvo en el RAIS los mismos no podrían darse, toda vez que, no se dan en el RPM.

Se opuso a la devolución de gastos de administración, por cuanto esa condena desconoce la figura de las restituciones mutuas establecidas en los artículos 1746 y 1747 del Código Civil, descuentos que se realizaron conforme a la ley, y fueron usados para el fin previsto por lo que no se encuentran en las arcas de la AFP.

En cuanto a la devolución de las primas de seguros previsionales, precisó que la AFP contrató los seguros con las aseguradoras y si las contingencias amparadas no ocurrieron, no hay lugar a reintegrar suma alguna.

Frente a la condena de devolver las sumas indexadas, mencionó que, al ordenarse la devolución de los rendimientos financieros, no hay lugar a la indexación, porque estos cumplen la misma función, y es compensar las pérdidas de los dineros en el tiempo. (Doc. 8, min. 1:02:40 a 1:13:44)

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta, en favor de Colpensiones conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n° 423 del 19 de septiembre de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de porvenir, como se advierte en los archivos 04 del expediente digital, los cuales son considerados en el contexto de este proveído.

Con lo anterior, se procede a resolver previas las siguientes;

V. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 66A y siguientes del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, será establecer si se demostró en el plenario que Horizonte hoy Porvenir S.A., cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la señora Mejía Lasso al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación, y sus efectos respecto de la administradora del RAIS.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, la condena en costas, y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración, primas y rendimientos.

De prosperar lo anterior, se analizará si la actora es beneficiaria del régimen de transición y si acreditó los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990 y de ser procedente, se estudiará la fecha de efectividad de esta, la cuantía de la mesada, el retroactivo y la procedencia de los intereses moratorios reclamados.

Con tal propósito, la Sala comienza por precisar los supuestos que no son materia de debate dentro del presente asunto:

- i)** Que la señora Gladys Mejía Lasso nació el 8 de marzo de 1961. (Doc. 01, fl. 25).
- ii)** Que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, desde 1996 hasta octubre de 1997, fecha en la que se trasladó al RAIS administrado por Horizonte hoy Porvenir S.A., fondo en el que se encuentra actualmente. (Doc. 01 y 03, fls. 27 y 28 y 45, respectivamente).

iii) Que el 1 de agosto de 2019, solicitó el traslado a Colpensiones y el reconocimiento de la pensión de vejez, ante esa entidad y ante Porvenir S.A., y la misma, fue resuelta de manera negativa. (Doc. 01, fls. 29 a 42)

i) De la ineficacia del traslado.

Pasando al asunto *sub judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993, reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión libre y voluntaria del literal b) artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

necesariamente presupone conocimiento, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido, ha discernido la Corte que no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»*¹.

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*.

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se encontraban en el deber de garantizar una afiliación libre y voluntaria, proporcionando a la afiliada la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiese traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 12136 de 2014.

debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que la afiliada pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

De lo anterior se desata también, que a pesar de hallarse signada por la actora la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearán a la afiliada no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, formato de traslado expedido por Horizonte hoy Porvenir S.A., el certificado de Asofondos y la Historia Laboral expedida por las demandadas (Doc. 01 y 03), nada puede extraerse sobre la información brindada a la demandante respecto de las consecuencias que traía consigo el

traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna, tal y como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL618-2022.

Se observa así, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar a la usuaria la ilustración necesaria para que este tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado (a) la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante llevaba afiliada al RAIS más de 20 años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a las pasivas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la afiliada se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A., no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la re asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer.

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, porque es precisamente cuando ya se encuentra *ad portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que la llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Corolario de lo expuesto estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de Horizonte hoy Porvenir S.A., entidad con la cual se materializó el traslado, el incumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la afiliada, con lo que se desestiman los argumentos de Porvenir S.A. y Colpensiones.

En este orden, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., no existe razones para que aquella no

traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de Colpensiones, quien al recibir a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe percibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas.

Sobre este último tópico, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que, la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por la AFP Porvenir S.A., con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículos 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Entonces, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por la afiliada, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrándose al fondo común de

naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a Colpensiones, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por la AFP, pues pese a lo señalado por la apoderada de Porvenir S.A., si bien el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la administradora del RAIS en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

Igualmente, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias

SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

Sobre las restituciones mutuas, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y la parte demandante.

Respecto a lo señalado por las AFP Porvenir en su recurso de alzada, en torno a la oposición de que los emolumentos a devolver deben ser restituidos de manera indexada, es la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia como la SL 4609 de 2021, la que advierte que las sumas a reintegrar a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima deberán ser indexadas para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios; sumas estas que se distinguen de los aportes para pensión de vejez, que son sobre los que se causan los rendimientos, y por los cuales, en consideración a tales frutos o réditos, no se ordena ningún tipo de actualización.

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad

de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extensible en este caso (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

En consecuencia, se confirmará la Sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A y Colpensiones, en tanto les salió desfavorable el recurso, se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de un (1) SMLMV, para cada una.

ii) De la pensión de vejez

Sobre esta pretensión, es preciso aclarar que la parte actora en ningún momento solicitó la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición y el Acuerdo 049/90, sin embargo, el a-quo la reconoció bajo esos parámetros.

Bajo ese contexto, procederá la Sala a verificar si la demandante tal y como lo manifestó el a-quo, es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, único que le permite pensionarse bajo los parámetros de la normatividad anterior, esto es, el Acuerdo 049/90 aprobado por el Decreto 758 de 1990, o si reunió los requisitos de la pensión de vejez que trata la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Este régimen establece como beneficio *que, la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas* sea la establecida en el régimen anterior al cual se encuentre afiliado el trabajador.

Para tal efecto, el legislador precisó que el régimen de transición va dirigido a tres categorías de trabajadores, a saber: 1) Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad, a 1° de abril de 1994. 2) Hombres con cuarenta (40) o más años de edad, a 1° de abril de 1994. 3) Hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, a 1° de abril de 1994.

Conforme con lo anterior, para ser beneficiario o sujeto del régimen de transición pensional no se requiere cumplir paralelamente el requisito de edad y el de tiempo de servicios cotizados, sino tan solo uno de ellos, pues la redacción disyuntiva de la norma así lo sugiere.

Al respecto, se tiene que la actora nació el 8 de marzo de 1961, razón por la cual, por edad perdió el régimen de transición, toda vez que, al 1 de abril de 1994, tenía 33 años de edad; en cuanto al tiempo de servicios, revisada la historia laboral, se observa que, sólo alcanzó a cotizar un poco más de 6 años hasta el 1 de abril de 1994 (Doc. 01, fl. 25 y 27 y 28 y 45), es decir que, la actora no es beneficiaria de este régimen y por lo tanto no es merecedora de la aplicación del Acuerdo 049/90.

Ahora bien, el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, dispone que, tienen derecho a la pensión de vejez las mujeres que cumplan 55 años de edad y los hombres 60 años de edad, las cuales, se incrementarán a 57 y 62 años, respectivamente, a partir de 1° de enero de 2014; y haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, las que a partir del 1o. de enero del año 2005 se

incrementaron en 50, y desde el 1° de enero de 2006 se incrementaron en 25 cada año, hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Entonces, respecto del primer requisito, la señora Mejía lo cumplió al llegar a los 57 años de edad, toda vez que, al 1 de enero de 2014, tenía 53 años de edad, es así que, para el 8 de marzo de 2018, tenía más de 1300 semanas, según la historia laboral aportada en el Doc. 01, fls. 44 a 60.

Sobre el disfrute o goce de la pensión reclamada, el a-quo consideró que la prestación debía reconocerse a partir del día siguiente de la desafiliación definitiva de la actora al sistema general de pensiones, toda vez que, de las pruebas aportadas y de la página del RUAF se evidencia que la actora continúa cotizando a pensión, por lo que, no demuestra su voluntad de no continuar cotizando.

Frente a ello, el apoderado de la demandante aduce que el disfrute de la pensión de vejez debe darse a partir de la fecha de la solicitud pensional, pues se configuró una desafiliación tácita.

El art. 13 del AC 049/90 establece que el disfrute de la pensión de vejez empezará a partir de la fecha de su desafiliación al régimen de pensiones para que pueda entrar a disfrutarla, sobre este tópico la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 126 de 2020, indicó que: *«ha sostenido que, en situaciones particulares se han aceptado alternativas hermenéuticas que admite la ley, que permiten que la pensión sea pagada con antelación a la desafiliación formal; esto ocurre, por ejemplo, cuando la conducta del afiliado denota su intención de no seguir cotizando al Sistema (CSJ SL, rad. 35605, 20 oct. 2009, SL5603-2016, SL 9036-2017 y SL900-2018), o en aquellos casos en que se precisa seguir aportando por la*

renuencia de la administradora en reconocer la prestación solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos legales, evento en el que se ha estimado que debe reconocerse la prestación, desde que esto último ocurra (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798). Sobre el punto, resulta útil recordar las enseñanzas expuestas en la sentencia CSJ SL5603-2016, que al respecto esbozó:

El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la

gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es "clara" y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.»

Como pasa de verse, la regla general para empezar a disfrutar de la pensión de vejez, es reunidos los requisitos el interesado se desafilie definitivamente del sistema, sin embargo, existen situaciones particulares en donde el Juez puede ordenar el pago de la pensión con antelación a la desafiliación formal, en el presente caso, la señora Mejía Lasso elevó solicitud de nulidad de traslado y reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones, el 1 de agosto de 2019, sin embargo, dicha petición fue rechazada por Colpensiones porque no era el competente para declarar la nulidad del traslado de régimen de la actora y por ende la pensión de vejez.

Situación que para esa data no podía ser diferente, toda vez que, sólo por vía judicial se está reconociendo su afiliación única a dicho fondo, sumado a que, la actora continúa cotizando al sistema de seguridad social hasta la fecha, ello se infiere de la certificación del Sistema Integral de Información de la Protección Social - Registro Único de Afiliados, tal y como, lo dejó sentado el a-quo, no se observa,

la voluntad de la actora de no continuar cotizando o cesando al sistema.

Bajo las anteriores premisas se concluye que, no hay presupuesto para declarar una desafiliación tácita desde el 1 de agosto de 2019, como lo pretende el recurrente, pues el solo hecho de la solicitud no indica que ese fondo sea el competente para reconocerla, tanto es así que, se trabo una litis para tal reconocimiento, además de que registra cotizaciones hasta la fecha, motivo por el cual, a pesar de que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez conforme el art. 9 de la Ley 797 de 2003, la misma se reconocerá a partir de la desafiliación como lo consideró el juez de instancias y en ese orden, se confirmará la sentencia.

En consecuencia, se modificará el literal 6º y 7º de la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de la señora Gladys Mejía Las, Colpensiones y Porvenir S.A., por no salir avante sus recursos, tásense en primera instancia e inclúyanse como agencias en derecho la suma de un (1) smlvm, para cada una de ellas.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR los literales 6º y 7º de la sentencia nº 082 de 24 de junio de 2022, emitida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **SEXTO: CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor de la demandante, **GLADYS MEJIA LASSO** la pensión de vejez de que trata el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la cual se hará efectiva a partir de la demostración por parte de la demandante de la respectiva desafiliación al Sistema General de Pensiones en los términos del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.
- **SEPTIMO: ORDENAR** a **COLPENSIONES**, a realizar la liquidación de la mesada pensional de la señora **GLADYS MEJIA LASSO**, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 que modificó el art. 34 de la Ley 100 de 1993, con base en las semanas que se determinen del traslado y las que se realicen hasta la desvinculación efectiva de la demandante del sistema general de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la señora **GLADYS MEJIA LASSO, COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, por no salir avante sus recursos, tásense en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMMLV, para cada una.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto judicial



Call-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
acto judicial



Call-Valle

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Salvo voto



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA 1ª DE DECISIÓN LABORA

Magistrada Ponente:
Yuli Mabel Sánchez Quintero

Se considera conforme a la providencia que la reclamante en efecto tiene derecho a la pensión anhelada, el desacuerdo consiste en apurar el beneficio pensional solo con la novedad de retiro, pues la obligación de cotizar cesa al momento de reunir el afiliado los requisitos para reclamar y gozar de la pensión, punto en el que también la jurisprudencia ha evolucionado aceptando inferencialmente la exigida novedad de retiro: -
"La pensión **de** vejez contemplada en el Acuerdo 049 **de** 1990 se causa a partir **del** cumplimiento **de** la edad y las semanas exigidas en la norma, pero su disfrute requiere por regla general la **desafiliación formal del sistema**, o en situaciones excepcionales **de** las que se puede inferir la voluntad **del afiliado de** no continuar vinculado a éste, tales como **dejar de cotizar y solicitar el reconocimiento de la prestación o de la indemnización sustitutiva.**" (SL2061-2021)

En este evento con la apelación se advierte el deseo del jubileo, por lo que a mi juicio se debió reconocer desde esa fecha la pensión junto con las mesadas correspondientes, operación que en nada desfinancia el sistema financiero pensional toda vez que por ello se ordenó el traslado de todos los haberes permisivos para reconocer el derecho.

El Magistrado.

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA