



República de Colombia

Tribunal Superior de Cali

Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	CARMEN JANETH GARZON SERNA
Demandados	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación	760013105009202200486 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 al afiliado toda la información respecto de los aspectos positivos y negativos del traslado de régimen sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse.</p> <p>Respecto al <u>traslado de los aportes y rendimientos financieros</u>, así como los <u>gastos de administración</u>, 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 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 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 cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez.</p>

	Y procedencia de condena en costas, en primera y segunda instancia, en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, cuando la parte ejerce oposición y resulta vencida en juicio.
--	--

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de abril de 2024, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, nos disponemos a dictar sentencia, en Segunda Instancia, conforme los lineamientos definidos en el **numeral 1º del Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022**, en el proceso de la referencia.

En el acto, se proceden a resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las **demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.**, contra la **Sentencia 363 del 17 de noviembre de 2022**, proferida por el **Juzgado Noveno 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

Los presentados por las partes, 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. 037

Antecedentes

CARMEN JANETH GARZON SERNA presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, y la **Administradora de Fondos 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,; consiguientemente, condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar la **pensión de vejez**, junto con los **intereses moratorios** del Artículo 141 de la Ley 100 de 1993,

o subsidiariamente la indexación de las sumas reconocidas. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, la actora señaló que, estuvo afiliada y realizó cotizaciones al Sistema General de Pensiones administrado para la época por el Instituto de Seguros Sociales ISS, desde agosto de 1986.

Que, posteriormente, la actora se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A.; sin embargo, considera que dicho traslado no se surtió en debida forma, pues no recibió por parte del fondo de pensiones, la información que debe proveerse al momento de ser afiliado o trasladado de régimen pensional, tampoco recibió los cálculos o proyecciones respecto a su futuro pensional, esto es, que no se acredita por parte de dicha AFP que el consentimiento de la actora hubiese sido, no solo libre y espontaneo, sino debidamente informado sobre las consecuencias adversas del cambio de régimen.

Que, el 4 de agosto de 2022, la actora radicó ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, solicitud de tener como nulo o ineficaz el traslado del RPMD al RAIS, junto con el traslado de los aportes de la cuenta de ahorro individual al fondo público, así como el reconocimiento y pago de la pensión de vejez con los respectivos intereses moratorios; recibiendo solo respuesta por parte de Colpensiones, de forma negativa.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, al dar contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma, y en su defensa propuso las excepciones de mérito: **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, Buena fe, y Prescripción.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación, Restituciones mutuas.**

El vinculado **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, respecto de las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de: **Inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva, Buena fe, La Oficina de Bonos Pensionales no funge como entidad de provisión social ni fondo ni administrador Pensional, Prescripción, y Aplicación del artículo 282 de la ley 1564 del 12 de julio de 2012, “por medio de la cual se expide el código general del proceso y se dictan otras disposiciones”.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **sentencia 363 del 17 de noviembre de 2022**, declarando no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y así mismo, la ineficacia del traslado de la señora CARMEN JANETH GARZON SERNA, del régimen de prima media con prestación definida, gestionado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A.. Como consecuencia, la señora CARMEN JANETH GARZON SERNA debe ser admitida en el régimen de prima media con prestación definida, gestionado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales a la afiliada, conservando el régimen al cual tenía derecho, que, en el presente asunto, no es el de transición. Ordenando a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a la cual se encuentra actualmente afiliada la señora CARMEN JANETH GARZON SERNA, que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los aportes que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la accionante, con sus respectivos rendimientos financieros, así como las primas previsionales para los riesgos de invalidez y muerte, y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con los respectivos rendimientos financieros, e igualmente, los gastos de administración, de su propio patrimonio, debidamente indexados, por el tiempo que administró los aportes de la aquí accionante; así mismo, a la devolución de los bonos pensionales que hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la demandante CARMEN JANETH GARZON SERNA, a la OFICINA DE BONOS

PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO, para los efectos a que haya lugar. Ordenando a COLPENSIONES, que cargue a la historia laboral de la señora CARMEN JANETH GARZON SERNA, los aportes realizados por ésta, a PORVENIR S.A., una vez le sean devueltos con sus respectivos rendimientos financieros, así como las primas previsionales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con los respectivos rendimientos financieros, e igualmente, los gastos de administración, de su propio patrimonio, debidamente indexados, por el tiempo que administró los aportes de la aquí accionante. Condenando a COLPENSIONES, a reconocer pensión por vejez, favor de la señora CARMEN JANETH GARZON SERNA, a partir del 1º de agosto de 2021, en cuantía de \$962.347, sin perjuicio de los reajustes de ley; igualmente, a pagar a la demandante, la suma de \$16.954.523, por concepto de mesadas pensionales de vejez, causadas desde el 01 (sic) de agosto de 2021 hasta el 30 de noviembre de 2022, incluida la mesada adicional de diciembre, debidamente indexadas; y a incluir en nómina de pensionados a la demandante. Autorizando a COLPENSIONES, a descontar de las mesadas ordinarias, el valor correspondiente por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud. Absolviendo a COLPENSIONES y el vinculado Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de las demás pretensiones de la demanda. Y finalmente, impone costas, de esa instancia, a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Recursos de Apelación

La apoderada judicial de la **demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, formuló **recurso de apelación**, argumentando que, respecto a los gastos de administración, de cada aporte realizado por la demandante al sistema general de pensiones, un 3% fue destinado para cubrir los gastos de administración y para pagar los seguros previsionales de la aseguradora, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley.

Que, en los casos en que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación y se condene a la entidad a devolver algún concepto,

únicamente es procedente la devolución de cotizaciones y rendimientos, pero no gastos de administración teniendo en cuenta que se encuentran debidamente causados, autorizados por la ley, y han sido administrados por la AFP para generar unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual.

Que, igualmente, se opone a la devolución del porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que ese descuento se hizo por orden legal; y así mismo, de las primas para las contingencias de invalidez y sobrevivencia, toda vez que se ha protegido la afiliada durante todo este tiempo de vinculación con ese fondo de pensiones.

Que, en caso de que se confirme la presente sentencia, solicita que solamente se ordene a Porvenir S.A. la devolución de cotizaciones y rendimientos, pero que se revoque la condena de devolución de gastos de administración, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, y las primas para las contingencias de invalidez y sobrevivencia.

El apoderado judicial de la demandada **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, formuló igualmente **recurso de apelación**, contra la sentencia de primera instancia, argumentando que, respecto del reconocimiento pensional en favor de la actora, se debería efectuar desde el momento en que efectivamente se trasladen todos y cada uno de los emolumentos por parte de Porvenir a Colpensiones.

Que, respecto de la condena en costas, solicita se absuelva a esa entidad de las mismas, o en su defecto se atenúen, teniendo en cuenta que conforme al Decreto 663 de 1993, la obligación de la AFP PORVENIR de brindar una información correcta, congruente y completa al posible afiliado; y teniendo igualmente la presunción de la buena fe. Considerando que no es justo, que se condene en costas y agencias en derecho en el mismo factor que a dicha entidad, siendo ésta la que participó en el cambio de régimen de la actora.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver los **recursos**

de apelación interpuestos por las **demandadas Colpensiones y 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, **CARMEN JANETH GARZON SERNA**, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS**, hoy **COLPENSIONES**, a partir del 11 de agosto de 1986 (pg. 12 – Archivo “14MemorialContestacionColpensiones”); **(ii)** más adelante, el **3 de junio de 2004**, la actora suscribió formulario de afiliación con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, siendo efectiva desde el **1º de agosto de 2004**; y manteniendo tal afiliación hasta la fecha (pg. 5 y 7 a 8 – Archivo “22MemorialRespuestaPorvenir”); y, **(iii)** el 4 de agosto de 2022, la actora radicó ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, solicitud de tener como nulo o ineficaz el traslado del RPMD al RAIS, junto con el traslado de los aportes de la cuenta de ahorro individual al fondo público, así como el reconocimiento y pago de la pensión de vejez con los respectivos intereses moratorios; recibiendo respuesta por parte de Colpensiones, en la misma calenda, indicando que no era posible realizar el traslado solicitado (pg. 18 a 24 – Archivo “03Anexos”)

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si: **I)** el traslado de régimen de la demandante es inválido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliada en el **RAIS**; e igualmente analizar si resulta procedente: **II)** la ineficacia del traslado de régimen pensional toda vez que, la actora no ejerció su derecho al retracto; **III)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que la actora se ha ratificado a través de la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad todos estos años; **IV)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, la actora se encuentra a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional; **V)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, la acción está prescrita; **VI)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones **VII)** la condena en costas a las demandadas; **VIII)** el traslado de los gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual del afiliado, del RAIS al RPMPD; y, **IX)** determinar si la actora cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, definir su derecho pensional.

Análisis del Caso

Ineficacia de la Afiliación

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

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

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

El **deber de información** es un elemento propio de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que con lleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

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

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

Como ha quedado visto, el deber de información **es una obligación que, por ley, siempre han tenido las Administradoras de Fondos de Pensiones**, y un derecho para las personas afiliadas a cualquiera de los

regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar a la persona interesada de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Tal razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a las personas afiliadas sobre la posibilidad de **retractarse**; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que “...las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados (as) el derecho a retractarse...”, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado, deber que, no se demostró en el proceso, hubiera sido acatado al momento del traslado.

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

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

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

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, se puede extraer de las documentales aportadas que, el **1º de agosto de 2004**, la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, manteniendo tal afiliación hasta la fecha (pg. 5 y 7 a 8 – Archivo “22MemorialRespuestaPorvenir”).

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

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

sustentan el valor de la mesada que hubiera tenido en ambos regímenes, entre otras.

La única prueba con la que pretende el fondo demandado, acreditar que cumplió con el deber de información, es la copia de la solicitud de vinculación en la que reposa la leyenda "**VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese régimen lo hace de forma **libre, espontánea, y sin presiones**, circunstancias estas tres, muy diferentes a lo relacionado con haber suministrado la información suficiente al afiliado sobre las consecuencias positivas y negativas del traslado.

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

Tampoco se denota una constancia que se le haya entregado el Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la Administradora de Pensiones, que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes; y mucho menos reposa la comunicación que por escrito 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 falten menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, ésta 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 debe 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., en razón de lo cual, se confirmará la sentencia por este aspecto.

Como quiera que, COLPENSIONES deberá actualizar la historia laboral de la actora, al momento de cumplirse la orden anterior, las administradoras de fondo de pensiones del RAIS, deberán 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**.

Finalmente, la arbitraria e improbadada manifestación sobre la presunta afectación a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones por la declaratoria de ineficacia, bajo la vacía afirmación que se pone en peligro el Derecho Fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, no pasa de ser una mera suposición, pues si bien el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado, ello no riñe con las consecuencias del indebido proceder de los fondos, menos aun cuando están en juego además de estos derechos, valores fundantes del estado mismo, como lo son, la solidaridad, la dignidad humana y el respeto por el trabajo del ser humano, que durante su vida laboral activa entregó toda su fuerza de trabajo y aportó para vivir dignamente en su vejez, sin que por ello se ponga en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

En lo concerniente a los argumentos de los alegatos de conclusión, la presente Colegiatura considera que estos fueron resueltos y atendidos

en las consideraciones anteriores.

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

Pensión de Vejez

Sentado lo anterior, procede la Sala a estudiar la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la **Ley 100 de 1993**, modificado por el artículo 9 de la **Ley 797 de 2003**, que en su contenido señala:

“(...) ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. (...)”

Descendiendo las anteriores premisas normativas al **caso concreto**, encuentra la Sala que, la señora **CARMEN JANETH GARZON SERNA**, nació el **5 de agosto de 1964** (pg. 1 – archivo digital “03Anexos”), cumpliendo el requisito de edad de **57 años**, para acceder al derecho pensional por vejez, el **5 de agosto de 2021**.

De igual forma, al acudir a la Historia Laboral Consolidada expedida por **PORVENIR S.A.** (pg. 2 a 17 – archivo digital 03Anexos”), se puede

observar esa entidad contabilizó en favor de la demandante **CARMEN JANETH GARZON SERNA**, un total de **1338 semanas** acumuladas desde el 11 de agosto de 1986 hasta enero de 2021.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que, la demandante **CARMEN JANETH GARZON SERNA**, cumple así con los requisitos de edad y semanas mínimas cotizadas, para causar el derecho de acceder a la pensión de vejez, conforme a la normatividad referida.

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, la señora **CARMEN JANETH GARZON SERNA**, acumuló más de las **1300 semanas** hasta el mes enero de 2021, y posterior a dicha calenda no se registran pagos de aportes; aunado a esto, la actora elevó ante COLPENSIONES solicitud de ineficacia de traslado de régimen y de reconocimiento de la pensión de vejez, en fecha 4 de agosto de 2022 (pg. 18 a 24 – Archivo "03Anexos").

Así, estando superados los requisitos de edad mínima y semanas de cotización, el **disfrute** de la pensión de vejez, en este caso, corresponde a partir del 5 de agosto de 2021.

Teniendo que la *A quo* en su decisión indicó como fecha inicial de reconocimiento pensional, en favor de la actora, el 1º de agosto de 2021, tal decisión será **modificada**, conforme lo aquí expuesto.

Ingreso Base de Liquidación y Mesada Pensional

Ha sido postura de ésta Sala, en decisiones similares que, en estas instancias, no es dable entrar a realizar los cálculos respectivos para establecer el valor de la mesada pensional que le correspondería recibir a la demandante **CARMEN JANETH GARZON SERNA**, toda vez que es necesario que PORVENIR S.A. realice el traslado de todos los aportes con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración, a COLPENSIONES, con el fin de que dicha administradora del régimen de prima media, proceda a actualizar la historia laboral de la afiliada, incluyendo todos los valores correspondientes a los ingresos base de cotización de toda su vida laboral, por cuanto, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, en el régimen de prima media con prestación definida, el 10.5% del ingreso base de cotización se destina a

financiar la pensión de vejez, mientras que en el régimen de ahorro individual con solidaridad, solo el 10% del ingreso base de cotización se destina a las cuentas individuales de ahorro pensional. Esto es que, en virtud de la normatividad, existe una diferenciación en lo que respecta a la tasa de cotización y su distribución; y, por tanto, dicho porcentaje conlleva efectos considerables, al momento de determinar el monto de la mesada pensional.

Así, para la exigibilidad de la obligación impuestas a las administradoras de los regímenes pensionales, es necesario, establecer un término para su cumplimiento, por lo tanto, PORVENIR S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos y gastos de administración en un término de UN MES contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, discriminados como se ordenó en líneas anteriores, y COLPENSIONES, contará con UN MES para actualizar la historia laboral y liquidar el valor de la mesada pensional. Tiempo que se empieza a contabilizar desde el momento en que las AFPs transfieran los aportes, rendimientos y gastos de administración, debiendo, además, las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso, informar a la demandante, cuanto capital trasladada a COLPENSIONES y la data precisa en que cumple con ese deber.

Consecuentemente, COLPENSIONES deberá realizar la liquidación del valor de la mesada pensional, ajustando a las fórmulas dispuestas en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, aplicando la más favorable en favor de la afiliada. Además, deberá atender los artículos 35 y 14 de la misma Ley 100 de 1993, que establece la prohibición de fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente, y la orden de incremento anual de la mesada pensional.

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 **31 de agosto de 2022**, según acta de reparto, y el derecho pensional aquí otorgado surge a partir del **5 de agosto de 2021**.

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 fecha de su pago efectivo.

Descuentos en Salud

De otra parte, estima la Sala que, en el presente caso, se debe **autorizar** igualmente, a la administradora pensional para que efectuó 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.

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

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: ADICIÓNASE el numeral sexto de la **Sentencia 363 del 17 de noviembre de 2022**, proferida por el **Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali**, en el sentido de:

*“...La **Administradora de Fondos 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 Pensiones – Colpensiones**, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la actora su historia laboral, por las razones aquí expuestas.”, confirmando el numeral en todo lo demás.*

SEGUNDO: MODIFÍCASE, el numeral **séptimo** de la **Sentencia 363 del 17 de noviembre de 2022**, proferida por el **Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali**, y en su lugar se dispone:

*“**CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a reconocer la pensión por vejez, a favor de la señora **CARMEN JANETH GARZON SERNA**, a partir del **5 de agosto de 2021**, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003”.*

TERCERO: REVÓCASE, el numeral **octavo** de la **Sentencia 363 del 17 de noviembre de 2022**, proferido por el **Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali**, y en su lugar se dispone:

*“**ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, liquidar el valor de la mesada pensional, a cancelar en favor de la señora **CARMEN JANETH GARZON SERNA**, aplicando las fórmulas dispuestas en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, aplicando la más favorable para áquel, y atendiendo, en tal sentido y para tal fin, los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión. Además, deberá atender los artículos 35 y 14 de la misma Ley 100 de 1993, respecto de la prohibición de fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente, y la orden de incremento anual de la mesada pensional.”.*

CUARTO: CONFÍRMASE, en todo lo demás, la **Sentencia 363 del 17 de noviembre de 2022**, proferida por el **Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, conforme a las razones expuestas.

QUINTO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, y en favor de la demandante **CARMEN JANETH GARZON SERNA**; incluyendo, como agencias en derecho, la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4'000.000) m/cte., a sufragarse

por cada una de ellas.

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

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

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente



ALVARO MUNIZ AFANADOR
Magistrado



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada