

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	MYRIAM HELENA SANTANA GARAVITO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. -PORVENIR -
RADICACIÓN	76001310500220180025101
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL Y PENSIÓN DE VEJEZ LEY 797 DE 2003.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 188

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la Sala de Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, así como la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 45 del 16 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 133

I. ANTECEDENTES

MYRIAM HELENA SANTANA GARAVITO demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR S.A.**-, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación a **PORVENIR S.A.**, porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el retorno de la demandante de **PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES** junto con las cotizaciones y rendimientos; y se condene a **COLPENSIONES** reconocer y pagar la pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 797 de 2003, más los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones y expone que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13 literales b y e de la Ley 100 de 1993, además que, ella contó con el tiempo para investigar y documentarse sobre las consecuencias de la decisión de trasladarse; aduce que no es procedente a que por su parte se le reconozca la pensión de vejez y los intereses moratorios a la demandante, porque ella se encuentra válidamente afiliada a Porvenir S.A..

PORVENIR S.A. representada por curador Ad Litem se atuvo a las pruebas del proceso.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“PRIMERO: DECLARA NO PROBADAS las excepciones propuestas por la administradora de fondo de pensiones COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora MYRIAM HELENA SANTA GARAVITO con la AFP PORVENIR S.A.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES aceptar el regreso de MYRIAM HELENA SANTA GARAVITO al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., una vez ejecutoriada esta providencia, realizar el traslado de todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de MYRIAM HELENA SANTA GARAVITO a COLPENSIONES.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES, a que reconozca y pague a favor de MYRIAM HELENA SANTA GARAVITO, a partir del 1 de febrero de 2018, la prestación económica de vejez a la que ésta tiene derecho en aplicación a lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 797 de 2003, como mesada pensional para la fecha del reconocimiento de la pensión, se determina la suma de \$1.611.867, a febrero 1 de 2018, como mesada pensional correspondiente al mes de febrero de 2022, le corresponde la suma de \$1.921.900, como retroactivo pensional liquidado desde la fecha del otorgamiento de la prestación a la de esta sentencia se tiene la suma de \$95.256.271, esta prestación de vejez a cargo de COLPENSIONES, queda esta entidad facultada para que efectúe los respectivos descuentos por aportes en salud.

SEXTO: la entidad obligada al reconocimiento y pago de la prestación de vejez otorgada, reconocerá y pagará a la demandante los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, los que señala dicha disposición y que se causan a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a las partes vencidas en juicio.”.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación; solicita que se ordene la devolución de las sumas de dinero de Porvenir S.A. hacía su representada de forma indexada; indica que si bien

la demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, no está en la obligación de reconocerle esa prestación de forma retroactiva, por cuanto la demandante cumple con los requisitos estando afiliada a Porvenir S.A., por lo cual, es ésta quien debe reconocer el retroactivo de la pensión, y su representada se haría cargo del pago de prestación a partir del momento en que se haga efectivo el traslado con las sumas ordenadas en la sentencia.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, se presentaron los siguientes alegatos:

ALEGATOS DE COLPENSIONES

El apoderado judicial de COLPENSIONES solicita al despacho se sirva denegar las pretensiones de la demanda, y absolver a su representada de cualquier condena. Por cuanto, considera que está probada la excepción de Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido y demás que se propusieron en la contestación de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entonces, lo que la Sala resolverá es i) si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PORVENIR S.A., en caso afirmativo; ii) cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria; iii) si tiene derecho a la pensión de vejez con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y el pago de la misma a cargo de quien estaría. En su orden se resuelven los problemas planteados.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO

Respecto al **deber de información**, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarlo, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En tal sentido, el deber de información no desapareció cuando se agregó el deber de asesoría y buen consejo y de doble asesoría, pues éstos últimos son adicionales al deber de información que le asiste a PORVENIR desde su fundación; tampoco es válido afirmar que ese deber de información se suple o se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; ni al tiempo en que la demandante estuvo afiliado a los fondos privados, pues con ellos se podría acreditar la firma del

formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo a la demandante y lo que se hizo en ese contexto determinado de la afiliación, para así poder inferir si fue lo que la ley y la jurisprudencia exigen en cuanto el consentimiento informado.

Respecto ese deber de información de la AFP se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019, entre otras.

PORVENIR no demostró que cumplió con el deber, que les asiste desde su fundación de informar a la demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, en ese sentido deviene que el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre.

Así las cosas, la Sala considera que la Juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

DE LAS CONSECUENCIAS DEL TRASLADO

Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió por lo cual, se deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las sumas adicionales de la aseguradora, los gastos de administración, el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones con cargo a sus propio

6

patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1.746 del C.C., así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL4360 de 2019 en la que rememoró las *“Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado”* en los siguientes términos:

“(..). en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Y en la sentencia SL367-2022 indicó que:

“(..). También se ha dicho por la Sala que una vez declarada la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, las comisiones y los gastos de administración, entre otros, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro.

Por tal razón, en tratándose de ineficacia, esta Corte ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de comisiones gastos de

administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos en forma indexada (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4175-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (...)”

De tal suerte que, la devolución de los gastos de administración y rendimientos se ordena como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioros en el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por tanto, devolver los gastos de administración, primas de la aseguradora y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, de forma indexada, es procedente, debido a la pérdida del poder adquisitivo de esos valores ocasionados por el paso del tiempo, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en las sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL3207-2020, SL4025-2021, SL4062-2021, SL4175-2021, SL367-2022, entre otras.

Por lo expuesto, le asiste razón a la apoderada de Colpensiones en el sentido de adicionar la sentencia para indicar que PORVENIR deberá realizar la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, previstos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual del demandante. Lo anterior con fundamento en lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1421-2019, SL3901-2020, SL367-2022, entre otras.

En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, contrario a lo señalado por la demandada, esta Sala encuentra que es

imprescriptible, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL1421-2019, posición reiterada en la SL1688-2019, SL1689-2019, SL2611 de 2020, SL2308-2020, entre otras.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, incrementó la edad de las mujeres para acceder a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014 en 57 años y a partir del 1° de enero de 2005 incrementó el número de semanas cotizadas así: para el 2005, 50 semanas y, a partir del 2006, 25 semanas cada año hasta llegar a las 1.300 semanas en el año 2015. Requisitos que acreditó la demandante como se pasa a indicar.

La historia laboral consolidada emitida el 22 de marzo de 2018 que obra a folios 28 certifica que la demandante había cotizado hasta ese momento un total de **1.684** semanas y cumplió 57 años de edad el 4 de julio de 2017, pues según el documento visible a folio 27 del expediente ella nació el 4 de julio de 1960, por tanto, causó el derecho a la pensión el 4 de julio de 2017, por acreditar los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

El disfrute de la pensión, contrario a lo dispuesto por la juzgadora de instancia, estará condicionado a la fecha de retiro del subsistema pensional de la afiliada, según el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, ya

que no obra reporte de desafiliación expresa o tácita. La primera mesada pensional deberá ser liquidada por Colpensiones una vez se produzca la desafiliación del sistema, así: *i)* el IBL que le sea más favorable, entre el promedio de los IBC de los últimos diez años o de toda su vida laboral, en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993; *ii)* una tasa de reemplazo, calculada según la fórmula del artículo 34, *ib*, modificado por el artículo 10° de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta el total de las semanas reportadas. *iii)* conforme al Acto Legislativo 01 de 2005, la demandante tiene derecho a una mesada pensional adicional al año, pues causó su derecho con posterioridad al 31 de julio de 2011.

En lo que corresponde a los intereses moratorios, la Sala revoca su reconocimiento en razón a que la pensión de vejez objeto de condena, surge con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado, por lo que Colpensiones no pudo incurrir en omisión alguna. Además, su disfrute está condicionado a la fecha del retiro del sistema, según se indicó en precedencia, tal y como lo explicó la Corte Suprema de Justicia, Sala laboral en la sentencia CSJ SL782-2021.

En lugar de los intereses, la Sala reconoce la indexación de las mesadas, en caso de que la entidad deba reconocer algún retroactivo, atendiendo la fecha en que comience el disfrute pensional, lo que se dispone como medida de corrección monetaria, según se explicó la Corte Suprema de Justicia, Sala laboral en la sentencia CSJ SL782-2021.

No hay mesadas prescritas, como quiera que el disfrute está condicionado al retiro del riesgo de pensión.

Se autoriza a COLPENSIONES para que descuenta de las mesadas pensionales reconocidas a MYRIAM HELENA SANTANA GARAVITO los aportes que estas deben trasladar al sistema de seguridad social en salud.

En lo referente a las **COSTAS** impuestas a **COLPENSIONES**, esta Sala recuerda que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1º, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc., por lo cual, se confirma la condena.

Las razones anteriores son suficientes para modificar la sentencia consultada y apelada. Sin **COSTAS** en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso interpuesto por **COLPENSIONES**.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 45 del 16 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que **PORVENIR S.A.** deberá realizar la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, previstos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que administraron la cuenta de ahorro individual de la demandante.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral QUINTO de la apelada y consultada identificada con el No. 45 del 16 de febrero de 2022, proferida por el

Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así: **CONDENAR a COLPENSIONES** a reconocer y pagar a favor de MYRIAM HELENA SANTANA en forma vitalicia, una pensión de vejez, en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, causada a partir del 4 de julio de 2017, cuyo IBL con todo el promedio de la vida laboral o el de los últimos 10 años, de acuerdo con el que resulte más favorable para el demandante, con un monto de acuerdo con la densidad de cotizaciones aplicando la fórmula del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 a razón de 13 mesadas anuales, condicionado el disfrute de esta prestación al retiro del riesgo de pensión, momento en el cual y para efectos del cómputo de su pensión se deberá incluir hasta la última semanas cotizada, sin que dicha prestación en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal.

TERCERO: MODIFICAR el numeral SEXTO de la apelada y consultada identificada con el No. 45 del 16 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **REVOCAR** la condena por intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y en su lugar **ORDENAR a COLPENSIONES** a indexar las mesadas pensionales, en caso de que la entidad deba reconocer algún retroactivo, atendiendo la fecha en que comience el disfrute pensional, lo que se dispone como medida de corrección monetaria, de conformidad a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de autorizar a **COLPENSIONES** a que en caso de que la entidad deba reconocer algún retroactivo, descuente los aportes pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

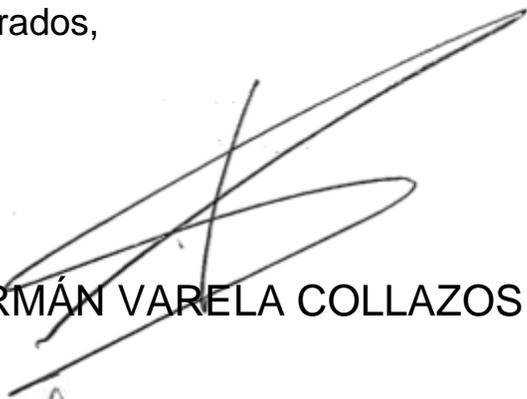
QUINTO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso de COLPENSIONES.

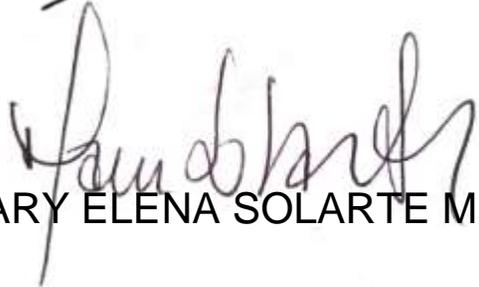
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web:<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO