

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	STELLA HERRERA HURTADO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - en adelante COLPENSIONES SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - en adelante PORVENIR S.A.
LITISCONSORTES NECESARIOS	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO DISTRITO ESPECIAL DE CALI
RADICACIÓN	76001310501220220077601
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA NULIDAD DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA.
DECISIÓN	SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 238

En Santiago de Cali, a los nueve (09) días del mes de mayo de dos mil veintitrés (2023), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de su homóloga de Sala Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., así como la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia condenatoria No. 91 del 28 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 159

I. ANTECEDENTES

STELLA HERRERA HURTADO demanda a **COLPENSIONES** y a **PORVENIR S.A.**, con el fin de que se declare la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que se encuentre válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**; que se condene a las administradoras de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual demandadas a transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones obligatorias y voluntarias, bonos pensionales en el caso de haber sido emitido.

PORVENIR S.A. no contestó.

COLPENSIONES indica que la demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que era su carga probar el vicio en el consentimiento en el acto de traslado.

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO** indica que el bono que emitió se deriva de la afiliación que la demandante hizo al régimen de ahorro individual; que de resultar válida dicha afiliación habría lugar a la emisión de un bono pensional Tipo A, Modalidad 2; refiere que el emisor del bono pensional es el Distrito Especial de Santiago de Cali, que con fecha del 4 de mayo de 2017 informó que reconocía su participación en el bono pensional de la demandante, confirma la liquidación del mismo, la emisión y redención del mismo.

DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI Informó que el bono pensional se generó por el vínculo laboral que lo ligó con la

demandante, el cual fue reconocido a favor de la demandante a PORVENIR S.A.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES respecto de las pretensiones relativas a la ineficacia del traslado.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO efectuado por la señora STELLA HERRERA HURTADO al régimen de ahorro individual y la afiliación que ésta haya tenido a administradoras del mismo y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la señora STELLA HERRERA HURTADO y los respectivos rendimientos.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados.

QUINTO: DEJAR sin efecto las actuaciones relativas a la emisión, redención y pago de bonos pensionales en favor de la señora STELLA HERRERA HURTADO y en consecuencia PORVENIR S.A. deberá retornar al DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI la totalidad de los dineros entregados debidamente actualizados.

SEXTO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. a favor de la accionante. Tásense por secretaría del despacho fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído a cargo de cada una.

SÉPTIMO: REMITIR el expediente ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

OCTAVO: INFORMAR al MINISTERIO DEL TRABAJO y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO sobre la remisión del expediente al superior jerárquico.

NOVENO. ABSOLVER de toda responsabilidad de las resultas de este proceso al MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO y al DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO.”.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia; indicó que su representada si cumplió con el deber de información vigente para la fecha en que la demandante se trasladó, lo cual se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación.

En cuanto a las condenas de los numerales cuarto y quinto aduce que no procede la devolución de gastos de administración por ser un descuento legal que produjeron rendimientos a la demandante, ni las primas de seguros previsionales, ni el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ni los rendimientos los cuales son también incompatibles con la condena de la indexación, en todo caso la jurisprudencia solo ha ordenado la indexación de los gastos de administración, lo cual considera que es un doble pago por un único concepto; solicita que el bono pensional se debe devolver a la demandante y no al Municipio de Cali, y que sobre ese bono se generaron rendimientos.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala debe resolver si se debe o no declarar la ineficacia de la afiliación o del traslado del actor al Régimen de Ahorro Individual administrado **PORVENIR S.A.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia; si se debe o no revocar la orden que se le dio a PORVENIR S.A. de devolver los aportes, rendimientos, gastos de administración, comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales de forma indexada y con

cargo a su propio patrimonio, así como el bono pensional; y si prospera la excepción de prescripción.

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.

No 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; pues así 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.

PORVENIR S.A. no demostró que cumplió con el deber, que le 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 de la afiliación y elección de régimen que estaba realizando 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, ni eximir a las entidades de ese deber cuando posterior a la afiliación han realizado traslados entre regímenes, pues si el acto inicial es ineficaz los posteriores también lo son.

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.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, esta Sala indica que 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 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 con radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008,

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida 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 serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

El alto Tribunal en la sentencia SL4360 de 2019 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 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, 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, es procedente devolver los gastos de administración, primas de la aseguradora y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, de forma indexada, 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 tanto, no le asiste razón a PORVENIR S.A. en

su apelación, cuando indica que las ordenes de la juez generan un doble pago por un único concepto y que la indexación solo procede sobre los gastos de administración, pues todas las ordenes se acompañan a las consecuencias que siguen a la ineficacia del traslado a la luz de la jurisprudencia citada, razón por la cual se confirma la sentencia apelada y consultada.

En cuanto a la orden que impartió la Juez a PORVENIR S.A. de devolver el bono pensional Tipo A, Modalidad 2 al Distrito Especial de Santiago de Cali, por haber sido quien emitió y pagó el mismo a favor de la demandante en la cuenta de ahorro individual, la Sala modificará dicha orden, para que en su lugar, la devolución de ese Bono Pensional se haga a COLPENSIONES, y no al Distrito Especial de Cali, esto se hace así, porque como se dijo en precedencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en las sentencias referenciadas ha ordenado a las AFP que devuelvan a la administradora del Régimen de Prima Media, entre otros valores, los que hubieran recibido a título bonos pensionales, máxime que ese Bono Pensional Tipo A se liquidó emitió y pagó, una vez estuvo consolidada la historia laboral con el tiempo que laboró la demandante en la entidad territorial, cotizaciones que estarían el Régimen de Prima Media si la demandante no se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual.

Aunado a lo anterior, se trae a colación la sentencia de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia STL3223 de 2020, en la que ese Ministerio fue el accionante contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, en procura del amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y “*seguridad jurídica*” que consideraba vulnerados en un proceso de ineficacia de traslado, respecto a la orden que dio el Tribunal a una AFP de devolver lo que recibió por pago de bono pensional, indicando que no era posible “*ordenar el traslado de dichas sumas al RPM, ahora, pese a ello,*

tampoco [el Tribunal] resolvió ordenar el reintegro de las sumas pagadas por dicho concepto por la Nación”.

La Corte en esa sentencia de tutela negó el amparo por encontrar razonabilidad de la decisión que declaró la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, y la orden a una AFP de devolver a Colpensiones el Bono redimido y que absolvió al Ministerio de las pretensiones incoadas en su contra al demostrar vicio en el consentimiento.

Así las cosas, entonces se modificará el numeral quinto de la sentencia para ordenar a PORVENIR S.A. que traslade el valor del bono pensional a COLPENSIONES.

También, se encuentra necesario adicionar la sentencia en el sentido de ordenar que los conceptos a devolver, sean discriminados 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 le concede a **PORVENIR S.A.** el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de la ejecutoria de la sentencia, y una vez recibidos, por COLPENSIONES, ésta contará con el mismo término para actualizar, entregar al demandante su historia laboral.

En lo que atañe a la prescripción de la acción de nulidad debe decirse que el artículo 2512 del Código Civil define la prescripción como una forma de extinguir las acciones o derechos ajenos, como consecuencia de no haberse ejercido las acciones y derechos durante cierto lapso. Esta figura jurídica, generalizada en todo el ordenamiento encuentra distintos términos en cuanto a la extinción de las acciones se refiere, según el campo del derecho en el que se encuentre.

Pues bien, en tratándose de prescripción extintiva en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no se debe recurrir a las normas comunes a fin de determinar la prescripción de las acciones, pues tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señalan que el término de prescripción de las acciones derivadas del derecho social es de tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Sin embargo, en materia de derechos pensionales, la Corte Constitucional en la sentencia SU 567 de 2015 con fundamento en el artículo 48 Superior ha sostenido que el mismo es imprescriptible, no siendo así las mesadas pensionales causadas a las cuales se les aplica el término de prescripción trienal a que se aludió anteriormente.

En lo atinente a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen esta Sala encuentra que el traslado se encuentra ligado al derecho a la seguridad social, y de contera al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, como se dejó dicho, resulta imprescriptible consideraciones que son aplicables también para el argumento que se señala esa administradora respecto a que la devolución de los gastos de administración se encuentra prescrita, pues esta devolución tiene el objetivo de aliviar las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por lo que se hace imprescriptible.

De conformidad a lo expuesto se confirma la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de STELLA HERRERA HURTADO. Inclúyase en la liquidación de esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

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 la sentencia No. 91 del 28 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** que los conceptos a devolver, sean discriminados 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 le concede a **PORVENIR S.A.** el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de la ejecutoria de la sentencia, y una vez recibidos, por COLPENSIONES, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la demandante su historia laboral.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** a retornar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros entregados por concepto de bono pensional debidamente actualizados.

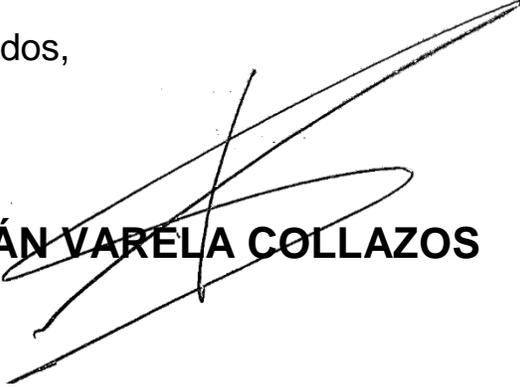
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y a favor de **STELLA HERRERA HURTADO DÍAZ**. Inclúyase en la liquidación de esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

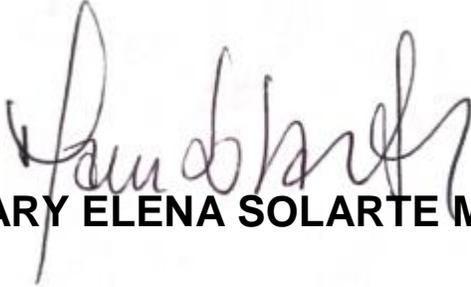
Esta providencia será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el enlace <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>, y se notifica por

Edicto que fijará la Secretaría de la Sala Laboral en el enlace <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/146>. Los términos empiezan a correr a partir del día siguiente de la fijación del EDICTO.

Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO

Firmado Por:

German Varela Collazos

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 002 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2e25b1892a19d839287978817f2b0863980123514248664c13b8043595fc10ff**

Documento generado en 31/05/2023 07:18:15 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>