

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	NELSY OSPINA JARAMILLO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
LITISCONSORTE NECESARIO	LA NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, OFICINA DE BONOS PENSIONALES.
RADICACIÓN	76001310500820210002901
TEMA	NULIDAD 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 CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 339

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 la apoderada judicial de PORVENIR, así como la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia condenatoria No. 108 del 13 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 261

I. ANTECEDENTES

NELSY OSPINA JARAMILLO demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR S.A.** -, con el fin de que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS porque no se cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES** de los aportes, bono pensional, gastos de administración y rendimientos.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones y aduce que con los documentos aportados con la demanda, no logra inferir la nulidad de la afiliación, ni el error o vicio alguno del consentimiento; que no es procedente realizar un traslado de régimen pensional en cualquier tiempo, debiendo atenerse la demandante a lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demandante; adujo que en este caso lo que se debe demandar es la ineficacia del traslado de régimen pensional y no su nulidad, por cuanto no hay razones para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional; que cumplió cabalmente la obligación de dar información a la demandante, en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para la fecha del traslado de régimen pensional; que la libertad de elección del régimen pensional está en cabeza del afiliado por disposición legal y no toda omisión en el deber de informar afecta el consentimiento; que la

demandante cuenta con plena capacidad legal para decidir el traslado del régimen de pensiones, y tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias; que la finalidad del sistema general de pensiones se cumplió frente a la demandante; que a la demandante se le informó en relación con la incidencia del traslado en el régimen de transición; que aun de considerarse, en gracia de discusión, que no hubo debida información no es por sí solo suficiente para la ineficacia del acto de traslado del régimen pensional; que la actora contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo.; que no hay norma legal que establezca la ineficacia de un traslado de régimen de pensiones por ausencia de información completa al afiliado; que la relación jurídica de afiliación al sistema de seguridad social no es una relación contractual; por lo tanto, no existe debilidad negocial del afiliado o posición dominante por parte de la administradora de fondo de pensiones; que las acciones para reclamar la nulidad o la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional se encuentran prescritas.

La Procuradora Octava Judicial I, para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social solicita que se exonere a COLPENSIONES del pago de costas procesales, en consideración a que se está demandando la ineficacia del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., al no haber cumplido este último con el deber de información, acto en el cual no intervino COLPENSIONES, quien actúa en cumplimiento de un deber legal.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones en consideración a que la demandante ya ha consolidado el derecho

pensional en el Régimen de Ahorro Individual, como quiera que ya alcanzó el límite de edad y los requisitos establecidos en la ley, por lo que considera que, no es posible que se ordene su retorno al Régimen de Prima Media con prestación definida y, además, el bono pensional al cual tiene derecho, ya fue emitido y pagado por medio de la Resolución No. 19065 de fecha 23 de enero de 2019.

Solicita que en el evento de que se declare la ineficacia de la afiliación se ordene a la demandante o en su defecto la PORVENIR S.A. REINTEGRAR A LA NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO los valores reconocidos por concepto de Bono Pensional Tipo “A”.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó NELSY OSPINA JARAMILLO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a PORVENIR S.A. la devolución de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hubiera, gastos de administración con cargo a su propio patrimonio.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** presenta el recurso de apelación; indicó que su representada en el año 1999 cuando se produjo el traslado, cumplió con el deber de información, de conformidad a las normas vigentes; que en esa fecha no tenían la obligación de documentar la información, pues su única obligación era la suscripción

del formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, el cual cumple con los requisitos legales; que en ese contexto se le está exigiendo el cumplimiento de deberes que nacieron posteriormente, sin ser de naturaleza retroactiva.

Aduce que la demandante era capaz y tenía la obligación de informarse respecto a la decisión tan importante que estaba tomando, además que las condiciones de cada régimen pensional se encuentran en la Ley 100 de 1993, que es de público conocimiento.

Señala que en cuanto a la prescripción, lo que se discute no es el derecho pensional de la demandante, porque su representada no está desconociendo su derecho pensional, pues ella puede acceder a la pensión de vejez en el RAIS. Lo que alega es una inconformidad por el acto de afiliación, falta del deber de información, esta característica si es susceptible de prescripción de conformidad al art. 488 CST y 151 CPT.

Solicita que se revoque la orden de devolver todas cotizaciones, bonos, gastos de administración indexados por ser incompatibles con los rendimientos; que si es la única apelante no se haga más gravosa la condena.

COLPENSIONES presenta el recurso de apelación que a la demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional, por lo que su representada actúo de conformidad a la Ley y en respeto a la libertad que tiene la demandante de elegir el régimen pensional al que deseaba afiliarse.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, COLPENSIONES y PORVENIR

S.A. presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el juzgado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala debe resolver si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PORVENIR S.A.**; en caso que se declare la ineficacia, se pasa a determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia del traslado; si se debe o no revocar la orden que se le dio a PORVENIR S.A. de devolver los gastos de administración indexados, rendimientos; si prospera o no la excepción de prescripción y, si el bono pensional tipo A se debe retornar a COLPENSIONES o al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

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 al 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 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.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado y lo que alega **PORVENIR S.A.** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración indexados y los rendimientos, porque en su sentir opera el artículo 1746 del C.C. que habla sobre las restituciones mutuas, intereses, frutos y el abono de mejoras, esta Sala indica que la orden de devolver los gastos de administración se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioros en bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más no como una consecuencia de una nulidad sustanciales derivadas del derecho privado, pues aquí lo que operó fue una ineficacia de la afiliación por ausencia de información.

Así que, las consecuencias 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; y para dejar intacto el capital de la demandante para financiar la pensión, debe devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio en consideración a la omisión del cumplir el deber legal de información, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en la sentencia SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, en la que se señaló:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

‘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.’” subraya fuera de texto original.

Así las cosas, la nulidad del traslado o ineficacia del traslado conlleva la devolución de las cotizaciones efectuadas por la demandante al RAIS, los gastos de administración indexados con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A., los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., conforme lo ordenó el juez de instancia. Es preciso indicar que la devolución de los gastos de administración indexados no resulta incompatible con la devolución de los rendimientos financieros, puesto que la orden de devolver los gastos de administración se originan en una causa diferente a la ordena de devolver los rendimientos, los primeros se originan en el objeto de recuperar el capital de la demandante, y los segundos hacen parte del capital como un fruto de las cotizaciones, por lo cual, son compatibles.

En lo que tiene que ver con el bono pensional, la Sala modifica la decisión del juez para ordenar a PORVENIR su devolución a COLPENSIONES junto con los otros emolumentos. No se le da la razón a la Cartera Ministerial, cuando solicita que el bono sea devuelto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no a COLPENSIONES. Al respecto se acoge al criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en las sentencias citadas, en las que como consecuencia de la ineficacia del traslado ha ordenado a las AFP que devuelvan a COLPENSIONES, entre otros valores, los que hubieran recibido a título de bonos pensionales; además que, se tiene en cuenta que el bono pensional tipo A se liquidó, emitió y pagó, una vez estuvo consolidada la historia laboral con las cotizaciones que realizó la demandante al otrora ISS, cotizaciones que hubieran permanecido en 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, que resolvió una solicitud de amparo similar a la que hace el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En esa tutela esa Cartera Ministerial fue la parte 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 a COLPENSIONES lo que recibió por pago de bono pensional. La Corte en esa sentencia de tutela negó el amparo solicitado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por encontrar razonabilidad en la decisión del Tribunal mediante la cual dio la orden a una AFP de devolver a Colpensiones el Bono pensional redimido.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala modifica la orden que dio la juez a PORVENIR S.A. de devolver el bono pensional al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para en su lugar ordenar a esa AFP que devuelva a COLPENSIONES el bono pensional redimido mediante la Resolución 19065 de fecha 23 de enero de 2019.

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.

En consecuencia, avalar la posición de PORVENIR implicaría desconocer el carácter mismo de la seguridad social, por lo cual no está llamado a prosperar el argumento de la recurrente y deberá confirmarse la sentencia apelada.

De conformidad a lo expuesto se confirma la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de NELSY OSPINA JARAMILLO. Inclúyase en la liquidación de esta instancia, a cargo de cada una, 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: MODIFICAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 108 del 13 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, los cuales quedarán así: **ORDENAR** a **PORVENIR** devolver a **COLPENSIONES** el bono pensional redimido mediante la Resolución No. 19065 del 1° de enero de 2019, proferida por el Ministerio De Hacienda y Crédito Público, reintegro que deberá efectuarse debidamente actualizado desde la fecha en que fue pagado el mismo hasta la fecha de su reintegro efectivo.

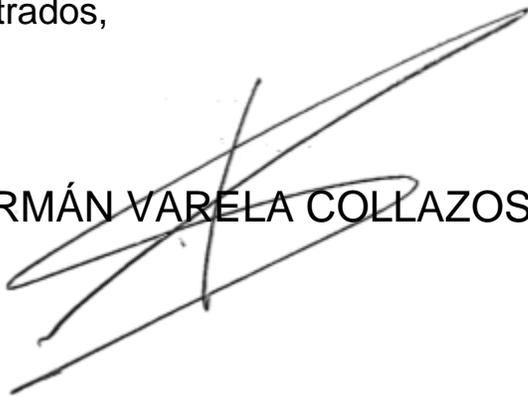
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCER: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** a favor de **NELSY OSPINA JARAMILLO**. Inclúyase en la liquidación de esta instancia, a cargo de cada una, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

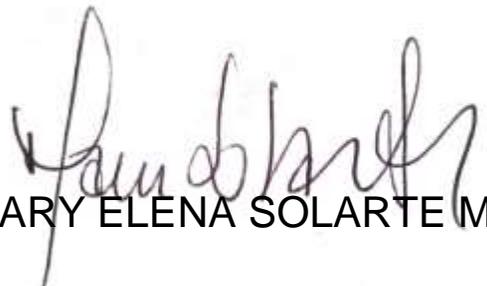
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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

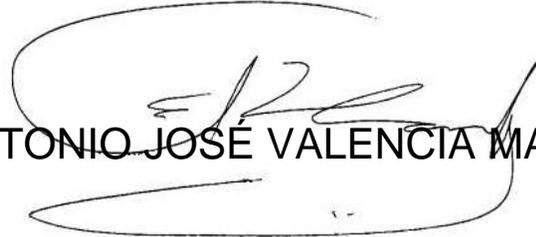
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

**German Varela Collazos
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Cali**

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:

**ef7def241b7385a01394def115b3e2c04f2baa8bde8e564e40e02f556bd
108c6**

Documento generado en 31/07/2021 04:27:03 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**