

## REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

|            |  |
|------------|--|
| PROCESO    | ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.  |
| DEMANDANTE | CARMEN ELISA GUAITA RODRÍGUEZ  |
| DEMANDADOS | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -.<br>SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. -PORVENIR - |
| RADICACIÓN | 76001310500320210041801  |
| TEMA       | INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.   |
| DECISIÓN   | SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.  |

#### AUDIENCIA PÚBLICA No. 183

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 los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como la consulta a favor de ésta, en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 47 del 22 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

## **SENTENCIA No. 128**

### **I. ANTECEDENTES**

**CARMEN ELISA GUAITA RODRÍGUEZ** 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 y se declare que siempre estuvo válidamente afiliada al ISS hoy **COLPENSIONES**, y que no se surtieron los efectos legales y jurídicos que implica el traslado.

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

**PORVENIR S.A.** se opone a las pretensiones de la demandante; aduce 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 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 demandante 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 que, 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.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que hizo la señora CARMEN ELISA GUAITA RODRIGUEZ al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A., fondo al que actualmente se encuentra afiliada.*

*SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, SE ORDENA a PORVENIR S.A., trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de CARMEN ELISA GUAITA RODRIGUEZ al Régimen de Prima Media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES –.*

*TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES- que proceda aceptar el traslado de CARMEN ELISA GUAITA RODRIGUEZ*

*del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros.*

*CUARTO: CONDENAR en costas a la parte vencidas en juicio. Se fija la suma de 1 SMMMLV como agencias en derecho, a favor de la parte actora y a cargo de PORVENIR S.A. Se ABSUELVE de este rubro a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES por las razones señaladas en la parte motiva.*

*QUINTO: CONSULTAR el presente proceso por resultar adverso a los intereses de COLPENSIONES. “.*

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación; indicó que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria como se dispone en los literales b) y e) el art. 13 de la Ley 100 de 1993; que la demandante no probó las causales de nulidad; que se encuentra inmerso dentro de la prohibición de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse; solicita que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada de las pretensiones de la demanda.

La apoderada judicial de **PORVENIR** presenta el recurso de apelación; solicita que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada.

Indica que no comparte las consideraciones del juzgado cuando indica que no se le brindó la información correspondiente al demandante, porque su representada siempre actuó de buena fe, y la afiliación se realizó de manera libre, voluntaria y consiente conforme quedó expresado en el formulario de afiliación que se suscribió en el año 1994, el cual se encuentra ajustado a lo dispuesto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994.

Indica que Porvenir S.A. ha cumplido con las obligaciones legales y reglamentarias, y para la época de la afiliación las establecidas en los artículo 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; que para la época del traslado no tenía la obligación de explicar al afiliado de manera escrita, ni los beneficios puntuales y el monto de cada uno de los regímenes, puesto que esto solo se dispuso en el Decreto 2051 de 2015.

Manifiesta que en la demanda no existe ninguna queja o reclamo previo a la demanda, que la inconformidad solo nace cuando se acerca a adquirir la pensión de vejez. Dice que no hay razón por la que se debía desmotivar al demandante de afiliarse a su representada, porque es evidente que le conviene estar en el RAIS, porque se exigen menos semanas para pensionarse por garantía de pensión mínima, respecto a las semanas mínimas exigidas en RPM.

Resalta que el demandante es una persona capaz de obligarse, y la acción de para demandar la ineficacia de traslado se encuentra prescrita.

Indica que el juzgado incurrió en error al declarar la nulidad o la ineficacia del traslado, pues si va tener en cuenta como nulidad del traslado, se deben tener en cuenta el art. 1746 del C.C que habla de las restituciones mutuas, en razón a ello se tiene que el demandante realizó aportes, y su representada al descontar los gastos de administración, obtuvo rendimientos a favor del demandante, por lo cual, según ese artículo no habría lugar a la devolución de los rendimientos ni de los gastos de administración, ni los sumas de la aseguradora, frutos e intereses.

Indica que, si se tiene en cuenta la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, la consecuencia es volver las cosas al estado inicial, así que solo habría lugar a devolver los aportes que realizó el actor.

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**

La apoderada judicial de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia, porque el acto jurídico de traslado que produjo efectos jurídicos, toda vez que la demandante se afilió en PORVENIR S.A. en ejercicio legítimo que tenía la demandante a la libre escogencia del fondo de pensiones, y efectuó por varios años sus aportes en pensión a ese fondo, por lo que no es posible que en la actualidad se endilguen obligaciones a su representada.

### **ALEGATOS DE PORVENIR S.A.**

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. insiste en los puntos de la apelación en los que solicita que se revoque el fallo de primera instancia.

## **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

De manera conjunta se resolverá la consulta y la apelación, en el sentido de 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 afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si se debe o no revocar la orden que se le impuso a PORVENIR de devolver los gastos de administración, rendimientos y la condena en costas, y si prospera o no la excepción de prescripción.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alega PORVENIR S.A., 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** no demostró que cumplió con el deber, que le asiste desde su fundación de informar al 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.

Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento de PORVENIR con el que indica que la demandante tenía el deber de informarse por la incidencia de los actos en su futuro y que era carga suya demostrar que cumplió con ese deber de consumidor financiero, en razón a que la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está es en cabeza de las administradoras de pensiones y no de la demandante, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo los fondos de pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo.

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** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración, 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 y rendimientos 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 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, **PORVENIR** debe devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, 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.”*

De tal suerte que, la devolución de los gastos de administración y rendimientos no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente a la demandante ni a COLPENSIONES, porque su orden se da 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, la orden de devolver los gastos de administración se precisará en la sentencia indicando que tal devolución se hará con cargo al patrimonio de PORVENIR S.A., tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1421-2019, SL3901-2020, entre otras.

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.

Por último, en lo referente a las **COSTAS** impuestas a **PORVENIR**, 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, toda vez que la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR** a favor de la demandante, inclúyanse en la

liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de cada una.

## **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: PRECISAR** el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 47 del 22 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la orden dada a PORVENIR S.A. de devolver el porcentaje de los gastos de administración, es con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES y a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

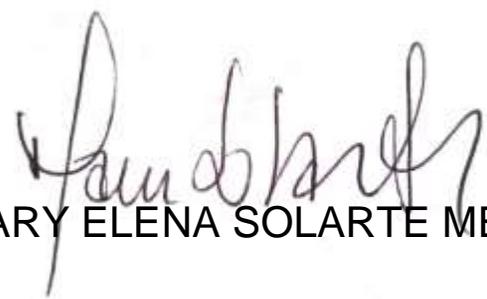
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>

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

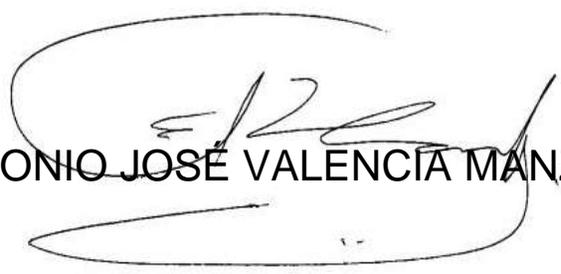
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO