

## REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	FREDY MATITUY GARCÍA
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. -PORVENIR -
RADICACIÓN	76001310500920200021201
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

#### AUDIENCIA PÚBLICA No.

En Santiago de Cali, a los nueve (9) días del mes de abril 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 los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 298 del 21 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

## **SENTENCIA No.**

### **I. ANTECEDENTES**

**FREDY MATITUY GARCÍA** 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** -, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación a **PORVENIR** porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el retorno de la demandante de **PORVENIR** a **COLPENSIONES** junto con los rendimientos, los cuales deberán acreditarse en los términos de semanas cotizadas, de acuerdo al salario base de cotización, lo descontado por gastos de administración; así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, lo correspondiente a bonos pensionales en caso de haber sido redimidos; todo lo cual deberá ser debidamente indexado, etc..

**COLPENSIONES** se opone a las pretensiones y expone que **PORVENIR S.A.** siempre suministra toda la información y asesoría completa y necesaria para que sus clientes, potenciales afiliados y ciudadanía en general conozcan los productos y servicios prestados por las administradoras, sin que de ningún modo se les instruya para engañar, omitir información o violar la Ley como pretende insinuar la demandante; que el demandante 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.

**PORVENIR S.A.** se opone a las pretensiones del 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 al 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 el 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 al demandante; que al 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 el actor 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 Noveno Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó **FREDY MATITUY GARCÍA** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conservando el régimen al cual tenía derecho, que en el presente caso, no es el de transición; ordenó a **PORVENIR** la devolución

todos los aportes realizados al RAIS, con motivo de la afiliación del accionante, sin descuentos por cuota de administración, con sus respectivos rendimientos financieros, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el o los bonos pensionales si los hubiere recibido, a la **OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO**. Ordenó a **COLPENSIONES** que cargue a la historia laboral del señor **FREDY MATITUY GARCIA**, los aportes realizados por éste, a **PORVENIR S.A.**, una vez le sean devueltos recibir a la demandante como afiliada al régimen que administra; condenó en costas a **COLPENSIONES** y **PORVENIR**.

### **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 en el evento de confirmarse la sentencia se apliquen las consecuencias establecidas en la jurisprudencia, como es anular el bono pensional, devolver rendimientos, cuotas abonadas al fondo de pensión de garantía mínima, gastos de administración, con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

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**

Solicita que se revoque la sentencia, porque el acto jurídico de traslado no adoleció de ningún vicio del consentimiento para contraer obligaciones, puesto que el demandante no ha demostrado que se encuentra en algún estado de interdicción que le impidiera válidamente tomar la decisión que tomó.

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

Insiste en los puntos de la apelación en los que solicita que se revoque el fallo proferido por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Santiago de Cali, el 21 de octubre de 2020, para en su lugar ABSOLVER a su representada de todas pretensiones incoadas.

### **ALEGATOS DE FREDDY MATITUY GARCÍA**

Solicita que se confirme la sentencia, por existir ineficacia del traslado de conformidad a lo establecido en la jurisprudencia, y porque es acertado lo dispuso por la falladora de primera instancia en cuanto condenó a PORVENIR S.A. a trasladar todos los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración

pertenecientes a la cuenta del demandante al R.P.M.P.D. administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

#### **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

La juez remitió el proceso en grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES** respecto a la condena en costas; no obstante, la Sala consulta la sentencia en su integridad a favor de **COLPENSIONES**, por cuanto se le ordenó no solo pagar costas, sino recibir a la demandante como afiliada, con las consecuencias económicas que ello trae, sus aportes, los rendimientos, gastos de administración.

Entonces, 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. 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 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 **dobles 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.

Así las cosas, la Sala considera que la juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia del traslado del 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 conformidad a esas consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, se confirma el numeral cuarto de la sentencia apelada.

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.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR** a favor del 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: CONFIRMAR** la sentencia No. 298 del 21 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

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

Esta providencia queda notificada 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,

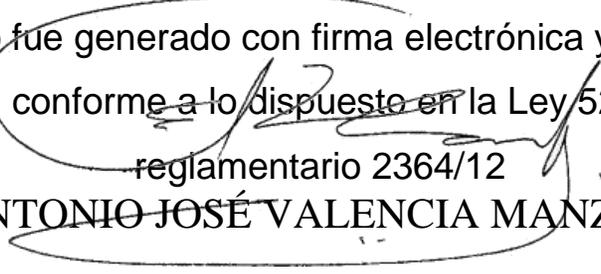


**GERMÁN VARELA COLLAZOS**  
Firmado Por:



**GERMAN VARELA COLLAZOS**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali**  
MARY ELENA SOLARTE MELO

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



**ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**

Código de verificación:

**92151d089575f77a343ae21cf6a7d727e80833c2dcc7e15d66ddd3ccc4  
66dcaa**

Documento generado en 09/04/2021 08:53:34 PM

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