

# REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	MARÍA MAGDALENA MARTÍNEZ ZÚÑIGA
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. -PORVENIR -
RADICACIÓN	76001310500920210060201
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

### AUDIENCIA PÚBLICA No. 182

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 su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 047 del 25 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

Tener por reasumido el poder por el abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ en calidad de apoderado judicial de PORVENIR S.A..

## **SENTENCIA No. 127**

### **I. ANTECEDENTES**

**MARÍA MAGDALENA MARTÍNEZ ZÚÑIGA** 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 aportes y/o capital, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

**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 opuso a las pretensiones e indicó que brindó la información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, lo cual se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación; que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, tal como dispone el artículo 1741 del Código Civil, sin embargo, tal vicio no logra probarse en el presente asunto; que tampoco procede la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la ley 100 de 1993, debido a que la misma, opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; es decir contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por parte del demandante. En todo caso, aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Adujo que al no proceder la nulidad ni la ineficacia del traslado, no deriva el retorno de los aportes ni rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin embargo, en caso de condenar a la AFP a realizar la devolución de los gastos de administración no da lugar a ser trasladados, por cuanto fueron causados de tracto sucesivo, al administrar la cuenta de ahorro individual de cada afiliado.

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

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali resolvió

- 1.- DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas.*
- 2.- DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la señora MARIA MAGDALENA MARTINEZ ZUÑIGA, del régimen de prima media con prestación definida, gestionado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PORVENIR S.A.*

3.- Como consecuencia de lo anterior, la señora MARIA MAGDALENA MARTINEZ ZUÑIGA, debe ser admitida en el régimen de prima media con prestación definida, gestionado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales a la afiliada, conservando el régimen al cual tenía derecho, que en el presente caso, no es el de transición, una vez PORVENIR S.A., realice el traslado de los aportes con sus respectivos rendimientos financieros, así como la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y los gastos de administración.

4.- ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., representada legalmente por el doctor MIGUEL LARGACHA MARTINEZ, o quien haga sus veces, a la cual se encuentra actualmente afiliada la señora MARIA MAGDALENA MARTINEZ ZUÑIGA, que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la accionante, con sus respectivos rendimientos financieros, e igualmente, realice la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y los gastos de administración, previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

5.- ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representada legalmente por el doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, o por quien haga sus veces, que cargue a la historia laboral de la señora MARIA MAGDALENA MARTINEZ ZUÑIGA, los aportes realizados por ésta, a PORVENIR S.A., una vez le sean devueltos con sus respectivos rendimientos financieros, así como las sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y los gastos de administración.

6- COSTAS a cargo de la parte vencida en el proceso. Líquidense por la Secretaría del Juzgado. FIJESE la suma de \$1.000.000, en que este Despacho estima las AGENCIAS EN DERECHO, a cargo de cada una de las demandadas, COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.

7.- La presente sentencia, CONSULTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. La consulta se ordena en virtud de la condena emitida en contra 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, lo cual se sustenta con el formulario de afiliación; 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; aduce que con la obligación que se le impone de recibir a la demandante se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Dijo que si bien la actora alegó vicios del consentimiento para que se declare la ineficacia del traslado, lo cierto es que sus dichos se quedaron en simples afirmaciones carentes de todo sustento legal y por lo tanto, las pretensiones deben ser despachadas desfavorablemente por no haber demostrados el error, la fuerza o el dolo, toda vez que su prohijada sí cumplió con el deber de información como se evidencia en el formulario de afiliación. Que además la demandante no hizo uso del derecho de retracto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 ni tampoco manifestó su deseo de regresar al régimen de prima media en virtud al artículo 1° del Decreto 3800 de 2003.

Que las normas sobre la viabilidad del traslado de régimen vigentes al momento de la afiliación al RAIS de la actora, no le exigían a los fondos privados la obligación de brindar la asesoría en cuanto al monto de la pensión, pues tal exigencia solo vino a darse con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015. Insiste en que se debe dar aplicación a la prescripción teniendo en cuenta que la acción no versa sobre el derecho

5

a la pensión de vejez sino a obtener la ineficacia de la afiliación al RAIS con el propósito de obtener un mayor valor en la mesada pensional.

Solicita que se declaren probadas las excepciones propuestas teniendo en cuenta que si se declare la ineficacia del traslado, todo volvería a su estado original, razón por la cual en su sentir los rendimientos deben compensarse con los gastos de administración que se está ordenando devolver. También pide que se revoque la condena en costas por los argumentos expuestos.

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 de trasladarse.

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

El apoderado judicial solicita que se revoque la sentencia.

Dice que no se alegaron ni demostraron causales de nulidad reguladas en el código civil, ni se dan los presupuestos para que prospere la ineficacia, que las consecuencias que regula el art. 271 de la Ley 100 de 1993 son administrativas y no las que genera las nulidades reguladas en el código civil; que en todo caso, cualquier nulidad quedó saneada por la ratificación

tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado. Insiste en que no se puede confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta.

Aduce que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico y no fue tachado de falso, y cumple con el artículo 114 de la 100 de 1993, pues manifiesta que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, hecho que ratifica en el interrogatorio de parte; que todo ello confirma que la afiliación se realizó de forma libre y voluntaria, porque se le brindó una información oportuna y completa; que le garantizaron el derecho de retracto, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

Indica que su representada sí cumplió con la carga procesal impuesta, en la medida que aportó el formulario de afiliación, lo que muestra que la parte actora permitió el descuento del aporte con destino al fondo privado por más de 20 años.

En cuanto al deber de información dice que la negligencia de la demandante en informarse no puede sanearse endilgándole responsabilidades a su representada que no estaban vigentes al momento del traslado.

Dice que de llegarse a considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, las consecuencias que se deben aplicar son las devoluciones de dinero que trae el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, sin que se deban ordenar otras sumas. Al respecto dice que las restituciones mutuas reguladas en el art. 1746 del C.C. impide que se devuelvan sumas como gastos de administración y primas de seguros,

pues de ordenarse se constituye un enriquecimiento sin causa a favor COLPENSIONES.

Solicita que se analice en este caso la situación particular del afiliado, tal y como lo señala el H. Magistrado de la H. Corte Suprema de Justicia, Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, en el salvamento de voto de la sentencia de tutela Rad. 5912 del 13 de mayo de 2020.

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

De manera conjunta se resolverá la consulta y la apelación, en el sentido de determinar 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 al pago de 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 S.A.** 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 sustancial derivada 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 S.A.** 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 y quinto de la sentencia apelada, se adiciona para indicar que los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora se devolverán por parte de PORVENIR S.A. con cargo a su propio patrimonio.

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.

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.

Se mantiene la condena en costas impuesta en la sentencia por cuanto son objetivas y dicha entidad fue vencida en el presente proceso, pues se opuso a las pretensiones de la demanda al formular excepciones. Al respecto, el numeral primero del artículo 365 del Código General del

Proceso establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

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: ADICIONAR** el numeral cuarto de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 47 del 25 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Noveno 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 y las sumas adicionales de la aseguradora, se hará con cargo a su propio patrimonio.

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

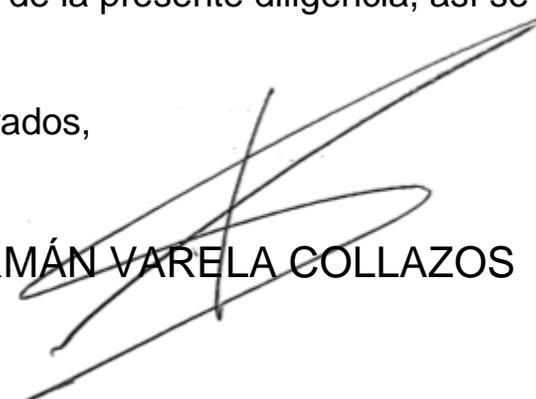
**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR** a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de cada una.

Esta providencia queda notificada 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