

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	PATRICIA FRANCO GIRALDO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. -PORVENIR – COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
RADICACIÓN	76001310500220200033101
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 340

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 13 de la Ley 2213 de 2022, 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. 118 del 3 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Segundo 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. 260

I. ANTECEDENTES

PATRICIA FRANCO GIRALDO 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** - y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** – en adelante **COLFONDOS** - con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad porque COLFONDOS ni PORVENIR cumplieron con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado a COLPENSIONES junto con los aportes, rendimientos.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones y expone que el traslado que realizó fue libre y voluntario sin que se demuestre el vicio en el consentimiento alegado en la demanda; que la 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.

COLFONDOS se opone a las pretensiones y aduce que brindó la información completa a la demandante, quien se afilió de manera libre y voluntaria, lo cual quedó consignado en la solicitud de vinculación.

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 Segundo Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia de la afiliación que realizó **PATRICIA FRANCO GIRALDO** a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**; ordenó a **PORVENIR S.A.** trasladar los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de **PATRICIA FRANCO GIRALDO** a **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; la afiliación es válida y la demandante no probó las causales de nulidad; que se encuentra inmersa 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 devolver 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; solicita que se revoque la condena en costas.

La apoderada judicial de **PORVENIR** presenta el recurso de apelación; solicita que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada. Indica que la ineficacia del traslado no procede, por cuanto el traslado fue libre y voluntario, lo cual se ratificó con la permanencia de la demandante en el régimen de pensiones y con el traslado entre las administradoras demandadas; Indica que su representada actuó conforme a las normas vigentes, que la jurisprudencia da un alcance al deber de información que no se encontraba vigente al momento del traslado, pues en ese momento no se le exigía tener constancias escritas sobre la asesoría brindada y solo se exigía la firma del formulario de afiliación en el cual quedó expresado el consentimiento libre e informado; que la demandante tenía la obligación de informarse por su propia cuenta. Indica que no procede la devolución de rendimientos ni la condena en costas.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, 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.

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 durante el tiempo que permaneció afiliada.

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.

ALEGATOS DE PATRICIA FRANCO GIRALDO

El apoderado judicial de la demandante solicita que se confirme la sentencia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Se resolverá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a COLFONDOS y PORVENIR. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias

prácticas de tal declaratoria, si se debe o no revocar la condena en costas y la orden que se le impuso a PORVENIR de devolver los 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 **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

7

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, ni que tal voluntad queda ratificada con la permanencia en el fondo de pensiones o con el traslado entre regímenes, pues el consentimiento informado se da es en actos previos al traslado, lo cual no se demostró.

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 rendimientos, se indica que esa orden se da como consecuencia de la conducta indebida de la administradora 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 la demandante permaneció afiliada a esa administradora, de igual manera, **COLFONDOS** deberá devolver con cargo a su propio patrimonio los gastos de administración por el periodo en que la demandante permaneció afiliada 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 y se adiciona en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. a devolver, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido, y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio. y a COLFONDOS a devolver con cargo a su propio patrimonio los gastos de administración por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a cada administradora y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

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.

Se confirma la condena en costas por ser objetivas, y están a cargo de la parte vencida en juicio, por tanto, al no haberse dado prosperidad a la oposición que presentaron COLPENSIONES y PORVENIR S.A. procede su condena.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar y adicionar 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:**

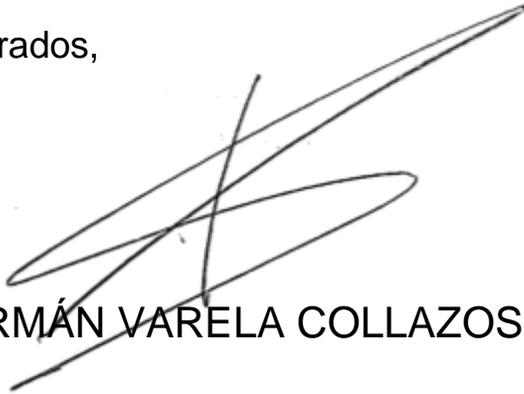
PRIMERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia No. 118 del 3 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR a PORVENIR S.A.** a devolver, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido, y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio, y a COLFONDOS a devolver con cargo a su propio patrimonio los gastos de administración por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a cada administradora y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** 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.

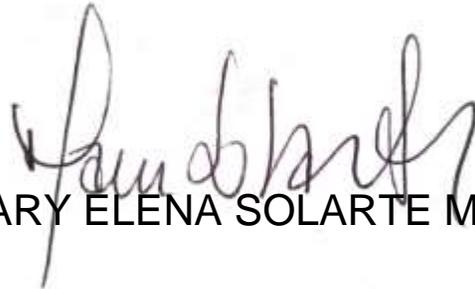
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web:<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>

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

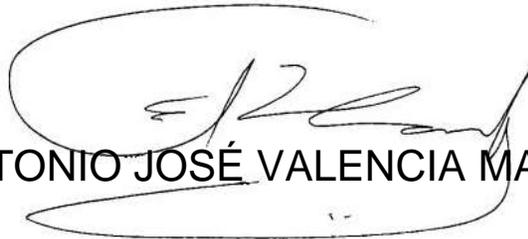
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

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: **4d9c3b91dafdc5e2eb07ee1936d23c976f6265a87bf3a951b6b19c44817ae73**

Documento generado en 30/07/2022 02:27:32 AM

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

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