

# REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	JOSÉ ALBERTO TORO MONDRAGÓN
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-  ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.  SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN	76001310501720210044501
TEMA	INEFICACIA DEL 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. 588

En Santiago de Cali, a los diecinueve (19) días de diciembre de dos mil veintidós (2022), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de sus homólogos de Sala 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 los apoderados judiciales de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última de la sentencia condenatoria No. 54 del 27 de julio de 2022,

proferida de manera virtual por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

**TENER POR REASUMIDO** el poder conferido al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ en calidad de apoderado judicial de PORVENIR S.A..

## **SENTENCIA No. 469**

### **I. ANTECEDENTES**

**JOSÉ ALBERTO TORO MONDRAGÓN** demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** -, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** – en adelante **PROTECCIÓN S.A.**- y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.** -, con el fin de que se declare la nulidad de las afiliaciones efectuadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** y se ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos.

**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.

**PROTECCIÓN S.A.** se opone a las pretensiones e indican que el traslado se realizó con el lleno de los requisitos legales y por ende la selección del régimen, se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones con total ausencia de causales de nulidad absoluta o relativa. Adicionalmente, que en las oportunidades legales el demandante no manifestó su deseo de retractarse de la afiliación; que la acción judicial para solicitar esta nulidad se encuentra prescrita.

**COLPENSIONES** se opone a las pretensiones e indica que la demandante no cumple con los requisitos legales para que proceda el traslado, porque le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional, conforme a lo establecido en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) el art. 13 de la Ley 100 de 1993.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. conforme a lo expuesto en la parte motiva en esta providencia.*

**SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor **JOSE ALBERTO TORO MONDRAGON**, de condiciones civiles conocidas en este trámite, con ING hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1994, la posterior con PORVENIR S.A. en el año 1995 y su regreso a PROTECCIÓN S.A. en el año 2009, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

**TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. Y a PORVENIR S.A.,** a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** el saldo total de la cuenta de ahorro individual del señor **JOSE ALBERTO TORO MONDRAGON**, de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo los aportes y los rendimientos, como los gastos de administración, los intereses y frutos, el bono pensional –si lo hubiere y estuviere constituido, además, la devolución del porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y a las sumas adicionales de la aseguradora, debidamente indexados, por los lapsos en que la demandante estuvo vinculada con cada una de las entidades citadas, y los fondos por ellas absorbidos.

**CUARTO: ORDENAR** que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor **JOSE ALBERTO TORO MONDRAGON** de condiciones civiles conocidas en el plenario, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual.

**QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES-PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.,** por haber sido vencidas en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV al momento del pago, a cargo de cada una de las demandadas y a favor del demandante.

**SEXTO: ORDENAR** la remisión de este expediente en CONSULTA ante el Superior Jerárquico Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala de Decisión Laboral- al haberse impuesto condena en contra de COLPENSIONES.(...)”.

## II. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Dijo que si bien el actor 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 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.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación e indica que el demandante no cumple con los requisitos legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, puesto que no es beneficiario del régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y le faltan menos de diez (10) años para pensionarse, por lo cual se encuentra inmerso en la prohibición señalada en el literal e del artículo 2° de la Ley 797 de 2003; que él se trasladó de manera libre y voluntaria, tal y como lo demuestra la firma del formulario de afiliación y su permanencia en el régimen de ahorro individual sin haber mostrado inconformidad; que la decisión de instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

El apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la orden de devolver los gastos de administración.

Explicó que la comisión de administración son lo que cobran las administradoras de fondos de pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados; que de cada aporte del 16% del Ingreso Base de Cotización que ha realizado la demandante al Sistema General de Pensiones, su representada descontó el 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley.

Señaló que su representada ha administrado las cotizaciones de la demandante de forma eficiente, diligente y cuidadosa; lo cual se evidencia en los rendimientos financieros del demandante.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** insiste en los argumentos expuestos ante el juzgado y el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** 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**

La Sala debe resolver si se debe o no declarar ineficacia del traslado de la actora del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia; si se debe o no revocar la orden que se le dio a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. de devolver los gastos de administración, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora, y la condena en costas procesales, si prospera o no la excepción de prescripción.

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 **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 a la 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.

**PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** no demostraron que cumplieron 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 el juez acertó en su decisión de declarar la nulidad 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, esta Sala indica que 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, las sumas adicionales de la aseguradora, los gastos de administración, el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones con cargo a sus propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1.746 del C.C., así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL4360 de 2019 en la que rememoró las *“Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado”* en los siguientes términos:

*“(…) en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).*

Y en la sentencia SL367-2022 indicó que:

*“(…) También se ha dicho por la Sala que una vez declarada la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, las comisiones y los gastos de administración, entre otros, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro.*

*Por tal razón, en tratándose de ineficacia, esta Corte ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de comisiones gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos en forma indexada (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4175-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (…)”*

De conformidad a esas consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, se confirma el numeral tercero de la sentencia de instancia.

En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, esta Sala encuentra que es imprescriptible, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de

examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL1421-2019, posición reiterada en la SL1688-2019, SL1689-2019, SL2611 de 2020, SL2308-2020, entre otras. Iguales razones caben para indicar que no hay prescripción respecto a los gastos de administración, pues estos nacen del derecho a la ineficacia del traslado, en la sentencia SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, se reiteró que,

*“Hay que mencionar que, así como la acción para obtener la declaración de ineficacia es imprescriptible, **los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación.** En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).”.*

Se mantiene la condena en costas impuesta, por cuanto son objetivas y las entidades demandadas 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.

De conformidad a lo expuesto se confirma la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, a favor de JOSÉ ALBERTO TORO MONDRAGÓN. 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:**

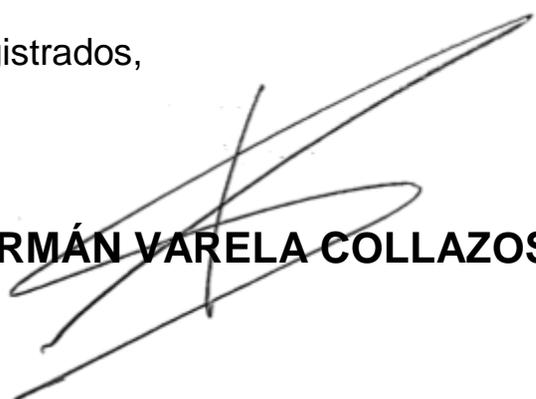
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia No. No. 54 del 27 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

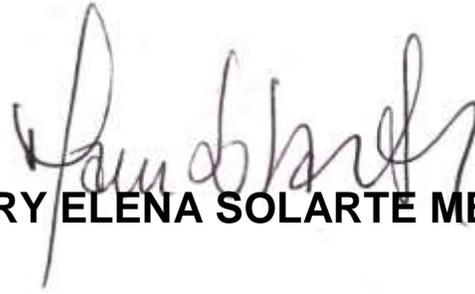
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, a favor de **JOSÉ ALBERTO TORO MONDRAGÓN**. Inclúyase en la liquidación de esta instancia, a cargo de cada una, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

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>.

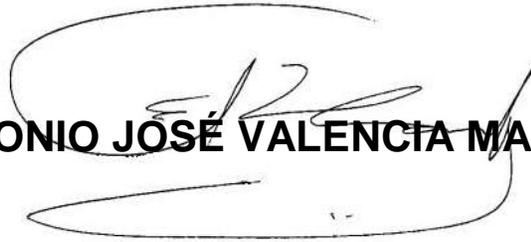
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

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 - 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: **48880758e7dc545a308501962a801955ae5f6429ff672292ee2cf7af3a64b32d**

Documento generado en 20/12/2022 12:01:20 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**