



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	DANILO SALAZAR IBARRA
Demandados	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.
Radicación	760013105008202000415 01
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	<p>Deber de información: En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.</p> <p>Respecto al <u>traslado de los aportes y rendimientos financieros</u>, así como los <u>gastos de administración</u>, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P. CLARA CECILIA DUEÑAS.</p> <p>El enriquecimiento sin justa causa no opera en los procesos de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional.</p> <p>Las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber que de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retractarse; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado.</p> <p>La declaratoria de ineficacia conlleva la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, incluidos los valores que cobró el fondo privado a título de gastos de administración y comisiones, debidamente indexados, durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS.</p> <p>El traslado de régimen se encuentra ligado al derecho a la seguridad social, y por consiguiente al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, resulta imprescriptible, junto con los derechos que se deriven de la declaratoria.</p> <p>Procede la condena en costas a Porvenir S.A. en primera y segunda primera instancia en virtud del numeral 1° del artículo 365 del CGP, toda vez que ejerció oposición y fue vencida en juicio.</p>

En Santiago de Cali, a los veinticuatro (24) días del mes de febrero de 2022, siendo el día previamente señalado, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a dictar sentencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO No. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020, artículo 15**¹ expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en los **ACUERDOS PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020, PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020, PCSJA20-11629 del 11 de septiembre de 2020, PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, PCSJA20-11671 del 6 de noviembre de 2020, PCSJA20-11680 del 27 de noviembre de 2020, PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021, y PCSJA21-11840 del 26 de agosto de 2021**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, en Segunda Instancia, en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a **resolver los recursos de apelación** formulados por las **demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones** e igualmente, surtir el Grado Jurisdiccional de **Consulta** a favor de **Colpensiones**, respecto de la **Sentencia 023 del 10 de febrero de 2021**, proferida por el **Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali**.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por la parte **demandante**, y las **demandadas Colpensiones** y **Porvenir S.A.**, los cuales son tenidos en cuenta en la presente decisión.

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala, a proferir la siguiente,

¹ La Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C- 420 de 2020 efectuó el control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 806 de 2020.

SENTENCIA No. 045

Antecedentes

Danilo Salazar Ibarra, presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de pensiones – COLPENSIONES** y las **Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** con el fin que se declare la **nulidad o ineficacia** de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de todos los aportes y rendimientos. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen, de los hechos, el demandante señaló que, nació el 20 de abril de 1956.

Que inicialmente se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y que hoy administra Colpensiones.

Que suscribió en noviembre del año 1999 un formulario de vinculación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., que implicó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con lo cual se debió a una insuficiente y mala asesoría por parte del promotor de ventas o asesor comercial de dicho fondo de pensiones.

Que, en efecto, el promotor de ventas o asesor comercial de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. -quien muy probablemente no tenía ninguna preparación profesional o técnica en temas financieros y pensionales- no le explicó de manera clara y detallada los pros y los contras o las ventajas y desventajas de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues, se dedicó

solamente a venderle sueños de un mejor futuro para su vejez, con lo cual lo indujo al error.

Que, también se vinculó con Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. en febrero del año 2002, AFP que fue absorbida a finales del año 2013 por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., donde ha permanecido afiliado hasta la fecha, aclaró que en éstas oportunidades tampoco le brindaron información suficiente, clara, oportuna y comprensible sobre las ventajas y desventajas de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no le informaron cuánto era el capital requerido para financiar una pensión de vejez en ese régimen, no le explicaron cómo funcionan las diferentes modalidades de pensión que allí se pueden obtener y no le entregaron ningún tipo de cálculo o simulación que le hubiere permitido comparar y decidir si le resultaba más favorable retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que, según cálculo efectuado de la mesada pensional que obtendría el en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en la modalidad de renta vitalicia, tomando el promedio de los salarios reportados en los últimos diez (10) años hasta el mes de julio de 2018 y aplicando una tasa de reemplazo del 77.20% conforme a la fórmula dispuesta en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, asciende a la suma de \$2.446.016, guarismo claramente superior a todos los que ofrece el fondo privado en la modalidad de retiro programado, y que prueba, de manera contundente el grave perjuicio económico que sufrió cuando tomó la decisión poco analizada y mal asesorada de trasladarse de régimen pensional.

Que ya no puede retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, toda vez que, excedió el límite de edad permitido para ello, según lo consagrado en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Que radicó, el 14 de octubre del año 2020 ante las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. solicitudes tendientes a obtener la declaratoria de nulidad de sus afiliaciones a las administradoras privadas de fondos pensiones ya mencionadas y/o la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con fundamento en la normatividad vigente, la línea Jurisprudencial que impera sobre dicho tema y por el hecho de que dichos fondos de pensiones no cumplieron con el deber de brindarle información completa y comprensible sobre la materia.

Que, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A, mediante comunicación PET - 01442875 enviada por correo electrónico el 20 de octubre de 2020, le negó la reclamación mencionada argumentando que, la misma no resulta jurídicamente procedente, pues, tal facultad se encuentra reservada única y exclusivamente a los Jueces de la República.

Afirmó, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., mediante comunicación del 6 de noviembre de 2020, le negó la reclamación, argumentando que, su traslado a esa AFP se realizó desde Protección y no desde otro régimen.

Señaló, que los registros no pueden ser anulados por ningún fondo de pensiones, salvo que exista una orden de autoridad competente; asimismo arguyó que no es posible nulitar su afiliación porque se encuentra a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez y por cuanto se encuentra válidamente afiliado a esa AFP.

Que, el 14 de octubre de 2020, radicó ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, reclamación administrativa tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de sus afiliaciones a los diferentes fondos privados de pensiones con los que estuvo vinculado y/o la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la declaratoria de que él tiene derecho a estar

válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como también la orden de aceptación del traslado de sus aportes y respectivos rendimientos, para que sean incluidos en su historia laboral y se tengan en cuenta para el cálculo de su mesada pensional.

Que la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, mediante comunicación del 14 de octubre de 2020 con radicación 2020_10359512, no accedió a lo solicitado, luego de citar varias normas y circulares expedidas por diferentes entidades, resaltó que solamente podría proceder a la anulación del traslado de régimen pensional cuando se compruebe que se cometió falsedad en el formulario de afiliación o cuando el empleador hubiere afiliado al trabajador sin su consentimiento.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, contestó la demanda, aduciendo que, al demandante le fue posible de manera libre, consciente y voluntaria realizar el cambio de régimen, previa la información y orientación del personal asesor de Protección S.A., la afiliación al RAIS se presume válida, toda vez que, el afiliado expresó su voluntad de diligenciar y firmar el formulario de afiliación a esa AFP o por lo menos hasta el momento la parte activa de la Litis no ha demostrado lo contrario. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Plena Validez del Contrato Desafiliación o Traslado del Demandante a Porvenir S.A.; El traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto está revestido de legalidad y eficacia; Inexistencia de la obligación; Buena fe de la demandada; Legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad; Prescripción; Compensación; La Genérica o Innominada.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones incoadas en la medida en que, el traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se efectuó con AFP Protección S.A, en el año de 1999, como se observa en

el certificado de ASOFONDOS SIAFP. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Prescripción; Buena fe; Inexistencia de la obligación; Compensación y Genérica.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto, el traslado de AFP cumplió con todos los requisitos legales y por ende la selección del régimen, la realizó el demandante de forma libre, espontánea y sin presiones y, porque la asesoría prestada por los asesores de la AFP, se realiza con total profesionalismo y ética, por lo tanto, mal puede el apoderado de la parte actora hacer tal manifestación cuando no estuvo presente en el momento de la asesoría. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Prescripción; Prescripción de la acción de nulidad; Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; Validez del traslado del actoral RAIS; Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; Compensación y Pago; Buena fe de la entidad demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Innominada o genérica.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 023 del 10 de febrero de 2021**; declarando no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. segundo: declarando la ineficacia del traslado que el demandante Danilo Salazar Ibarra, hizo del Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones E.I.C.E. a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y en consecuencia, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. deberá devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones E.I.C.E., todos los valores que hubiere recibido con motivo

del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones íntegras, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., deberá devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que el accionante estuvo afiliado a esta afp con cargo a su propio patrimonio. El demandante se encuentra válidamente afiliado a colpensiones e.i.c.e.; las costas a cargo de Protección S.A. y Porvenir S.A. como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 a cargo de Protección S.A. y \$2.000.000 a cargo de Porvenir S.A., a favor de la parte demandante.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión, **Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones**, presentaron recurso de apelación.

Porvenir S.A., solicitó que se revoquen los numerales primero, segundo y tercero, en los cuales se condenó a Porvenir S.A. en costas de dos millones de pesos e igualmente, frente a todas las condenas impuestas a cargo de Porvenir S.A.

Indicó, que no se debió ordenar la ineficacia del traslado de régimen pensional y el traslado de AFP que realizó el demandante ante Porvenir S.A. antes Horizonte S.A., teniendo en cuenta que, al demandante se le dio la asesoría pertinente conforme lo establecido con las normas vigentes al momento en que efectuó el traslado de régimen pensional a Protección S.A., en el año 1999 y a Horizonte en el año 2012 y el fondo de pensiones que le dio la asesoría al demandante de manera verbal de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente, es decir, que la afiliación estuvo de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 y sus Decretos reglamentarios.

Precisó, que, con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, consideró que el despacho no tuvo en cuenta la expedición de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2070 de 2015, donde se estableció que para la existencia del Instituto de los Seguros Sociales la asesoría podría no contener la favorabilidad, en cuanto, al monto de la pensión en que no había obligación de mantener constancias escritas es así, que debió tener en cuenta que el traslado de régimen pensional y el traslado de AFP del demandante se efectuó antes de la promulgación de las normas y no podría exigirle a la entidad ni Horizonte condiciones que no había previsto el Legislador para el traslado de régimen pensional y de AFP.

Reiteró, que la asesoría realizada al demandante se hizo de manera verbal en la forma en como lo establecían las normas vigentes y que además en ese momento el ISS hoy Colpensiones no daba asesoría de manera escrita a los potenciales afiliados al Sistema General de Pensiones es por ello que no puede exigírsele solo una parte del extremo procesal condiciones que no estaban establecidas y por ende se viola el derecho de defensa de la entidad igual que Protección S.A. al definirse una situación conforme a una situación que se iba a perder mucho tiempo después de la afiliación pero en todo caso el demandante si recibió la asesoría pertinente y efectuó traslado de régimen buscando una mayor rentabilidad en sus aportes lo que implica que si conocía las condiciones del RAIS.

Indicó, que la pensión de vejez en el RAIS, se reconoce de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y por ende para establecer precisamente las condiciones pensionales demandante primero debe presentarse la sustitución pensional respectiva para que el fondo de pensiones pueda analizar el cumplimiento de la norma lo cual no ha sido posible frente a la falta de reclamación pensional por parte del actor, precisó, que es por ello que una proyección que se haya efectuado en el año 1999 por parte de Protección y en el 2002 por parte de Horizonte, iba a cambiar debido a que el ingreso base de cotización con el que empezó a hacer sus aportes ha variado y por ende esa proyección de la mesada

pensional no va a ser igual al cumplimiento en que el señor Salazar, cumpla con los requisitos del artículo 64 y 65.

Manifestó, que la acción presentada se encuentra cobijada por el fenómeno de la prescripción establecido en el artículo 488 del CST y 151 del CPT, en armonía con el C.C. teniendo en cuenta que la reclamación presentada por el demandante no es absolutoria del derecho pensional sino sobre la solicitud del traslado de régimen pensional, mediante la reclamación de ineficacia y no puede indicarse que dicha acción sea imprescriptible.

Refirió, que el despacho no debió ordenar el traslado de gastos de administración porque los gastos de administración están establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, que opera para ambos regímenes pensionales en ese sentido Colpensiones debe cobrar unos gastos de administración, como quiera que, el despacho ordenó en el numeral tercero el traslado de gastos de administración debidamente indexados, lo cual, genera enriquecimiento sin causa en favor del demandante y Colpensiones, pues, Colpensiones no efectuó la administración de la cuenta de ahorro pensional del demandante, que le hizo generar los cuantiosos rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual que se han ordenado trasladar a Colpensiones.

Arguyó, que el despacho tampoco tuvo en cuenta el artículo 113 literal B del de la Ley 100 de 1993, establece de manera clara cuales son los valores que se ordena trasladar por traslado de régimen pensional, ya sea, por ineficacia y ese artículo señala que solo se debe ordenar traslado de los aportes más los rendimientos de la cuenta de ahorro pensional sin que la norma haya previsto el traslado de gastos de administración que se intuye que el despacho fue en contravía precisamente de la norma en seguridad social, especialmente sobre el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Frente a los gastos de administración que se han ordenado trasladar debidamente indexados, indicó, que opera el fenómeno de la prescripción establecido en las normas indicadas anteriormente, no obstante, en el evento improbable en que la Honorable Sala desee confirmar la ineficacia del traslado de régimen pensional con su traslado de AFP a Porvenir S.A., debe ordenarse compensar los gastos de administración con los rendimientos que se están ordenando trasladar teniendo en cuenta que la entidad estuvo atemperada a la Ley a la norma de seguridad social para la fecha y durante el tiempo del traslado del demandante.

Manifestó, que el despacho no valoró el interrogatorio de parte como lo establece el CGP teniendo en cuenta que debió valorarse en el sentido si lo que dijo el demandante lo perjudicaba o favorecía al interrogatorio de parte de la forma como lo hizo el despacho.

Protección S.A., sostuvo respecto de la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, que, al actor se le suministró toda la información precisa y ajustada a las normas que regulan el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, reiterándole sobre las características y particularidades del mismo para que pudiese escoger la opción que más se adapte a sus intereses, prueba de ello es el traslado que efectuó el actor entre AFP por ello, trajo a colación la Sentencia proferida por Ana María Muñoz Segura SL 3752 de 2020 con rad. 73532, en la que se afirmó, que: *“en este orden de ideas es dable concluir que aunque no hayan certezas de que si el afiliado recibió al momento del traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación para permanecer en el Regimen, que contaba con todos los elementos para formar con plena convicción su elección, dichos actos de relacionamiento en los casos de afiliación puede verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitudes de informaciones de saldos, actualizaciones de datos consignación y cambio de claves entre otras, así lo ha establecido la Corporación SL 413 de 2018.”*

Manifestó que, los traslados horizontales dentro del Regimen de Ahorro Individual, es decir, los cambios entre administradoras de fondos Privados de Pensiones reúnen los elementos propios de los actos de relacionamiento, lo cual, permite suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen, aunque bajo la asesoría y beneficios que pueden proveer otras administradoras de fondos de pensiones las cuales compiten entre sí, afirmó, que, tales actuaciones suponen pleno conocimiento de las personas respecto al funcionamiento de los regímenes sus beneficios, desventajas y modo de operar de ahí que la intención sea firme de continuar teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones y como se indicó en un caso parecido el actor se trasladó entre AFP'S.

Arguyó que, si se confirma de ineficacia de la afiliación del numeral segundo, es necesario tener en cuenta y que se revoque frente a la devolución de aportes netos cotizados con sus rendimientos con el cobro de la comisión, toda vez que, éstos son de consagración legal, están contemplados en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

Adujo, que el manejo de los aportes obligatorios es por derecho y todas las entidades que Administren Fondos de Pensiones y Cesantías están legalmente facultadas para cubrir a sus empleados con el manejo de aportes que realicen las administradoras, debido a que, el cobro es un mandato de la Superintendencia Financiera de Colombia, durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado al fondo de pensiones que administra Protección S.A., la entidad administró los derechos del afiliado que fue depositado en su cuenta de ahorro individual, la gestión se realizó con la mayor diligencia y cuidado, debido a que, Protección es una entidad financiera experta en la inversión de recursos, por ello, trajo a colación que, en el evento de confirmarse la nulidad o ineficacia únicamente no es procedente que se ordene devolver los gastos de administración.

Precisó, que como quedó evidenciado la entidad trasladó todos los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual a Porvenir S.A., por lo cual, la cuenta se encuentra en ceros y por ende tampoco existen los gastos de administración, arguyó, que si el contrato de afiliación nunca existió y por ende Protección S.A. nunca administró los recursos de la cuenta de ahorro individual los rendimientos que produjo la cuenta no se causaron ni tampoco se debió cobrar una comisión por administración.

Afirmó, que los gastos de administración no van a sumar o restar en la cuenta del afiliado, que tales sumas van a las arcas de Colpensiones, por lo cual, se estaría dando un enriquecimiento sin causa, por parte de las entidades que hacen parte del proceso.

Colpensiones, adujo, que la decisión proferida en primera instancia se determinó pese a que, el actor nació el 20 de abril de 1956, razón por la cual a la fecha cuenta con 64 años de edad y por lo tanto, cumplió con el requisito para tener derecho a la pensión por vejez, lo cual, va en contravía de lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, norma conforme a la cual, no es posible realizar el traslado de régimen cuando faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión por vejez.

Manifestó, que la afiliación al fondo privado se realizó bajo el ejercicio de la libre escogencia del fondo de pensiones contenido en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no puede predicársele la existencia de un error de vicio en el consentimiento de manera que no existen razones fácticas ni jurídicas para que la entidad deba considerar afiliado a quien en la actualidad se encuentra válidamente en otro fondo de pensiones ante su libre escogencia, afirmó, que la parte demandante, no puede probar lo contrario pese a que, en ella recae la carga de la prueba conforme lo establece el artículo 167 del CGP y lo establecido en la Corte Constitucional en Sentencias como la C-086 del 2016.

Precisó, que el demandante no logró demostrar dentro del proceso que se hubiera acercado a Colpensiones a solicitar un cálculo y mucho menos hizo uso del retracto establecido en la Ley, que en el interrogatorio de parte no precisó que se acercó a las oficinas de la entidad para asesorarse de aclarar las dudas que pudiera tener, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C 1024 de 2004, la cual, sentó precedente Jurisprudencial, precisando quienes tenían derecho a regresar en el Regimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier tiempo y lo deberían de hacer conforme a lo señalado en la Sentencia C 782 de 2002.

Conforme a lo precisado, manifestó, que en este caso pueden trasladarse al Regimen de Prima Media cuando se ha cotizado 15 años de servicio al momento de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, pero el demandante no cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, debido a que, contaba con 37 años de edad y 164.85 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994, por lo tanto, el demandante al no ser beneficiario del régimen de transición, le es aplicable la aclaración realizada por la Corte Constitucional en Sentencia SU 103 de 2013 y T 892 del 2013, es decir que, no es dable el regreso al Regimen de Prima Media, pese a que, el 23 de octubre de 2015, entró en vigencia del Decreto 2071 del 2015, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y establece el deber de las administradoras de asesoría a las personas que estén a menos de 10 años para cumplir con los requisitos para ser beneficiarios de la pensión por vejez, que el Decreto su aplicación no es retroactiva, por lo tanto, no puede exigirse su aplicación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión, resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las **demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones**, respecto de la sentencia proferida en primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3° del artículo 69 del CPTSS, se asume el conocimiento del asunto de referencia en el **grado de consulta**, debido a que, la condena se efectuó en contra de una entidad de derecho público en la que la nación funge como garante, tal como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, V. gr. Sentencia STL-7382 – 2015 (40200), M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS².

Revisado el proceso, no existe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y agotado el trámite procesal que corresponde, resulta necesario resolver de fondo la Litis en estudio.

Hechos Probados

En el presente asunto, no se encuentra en discusión que: **(i)** El **demandante Danilo Salazar Ibarra** se encontraba afiliado a **Colpensiones** y posteriormente diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP Protección S.A.**, el 9 de septiembre de 1999, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de noviembre de 1999 (sin pág., expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 anexos 20200041500); **(ii)** luego, el **demandante** diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP Horizonte S.A.**, el 11 de febrero de 2002, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de abril de 2002 (sin pág., expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 anexos 20200041500); **(iii)** que entre las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías **Horizonte S.A.** y **Porvenir S.A.** hubo una cesión por fusión, por ende el demandante quedó trasladado de manera automática a la última administradora referida. (sin pág., expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 anexos 20200041500); **(iv)** que el **demandante** el 14 de octubre de 2020, presentó reclamación administrativa ante **Colpensiones**, solicitando la ineficacia del traslado de régimen pensional y la entidad a través de Resolución BZ2020_10386520-2123058 del 14 de octubre de 2020 respondió negando la petición. (sin

² “La Nación sí garantiza el pago de las pensiones, se itera, del régimen de prima media con prestación definida, de forma que debe surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el art. 69 del C.P.T. y S.S. para proteger el interés público, que está implícito en las eventuales condenas por las que el Estado debe responder.”.

pág., expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 anexos 20200041500); **(v)** que el **demandante**, el 14 de octubre de 2020, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante **Porvenir S.A.**, solicitando el traslado de régimen pensional y la entidad a través de documento rad. 0103802048806200 del 6 de noviembre de 2020, negó la petición. (sin pág., expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 anexos 20200041500); **(vi)** que el **demandante**, el 14 de octubre de 2020, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante **Protección S.A.**, solicitando el traslado de régimen pensional y la entidad el 20 de octubre de 2020, vía correo electrónico respondió, negando la petición. (sin pág., expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 anexos 20200041500).

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si: **(i)** el traslado de régimen del **demandante** es inválido, habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliado en el **RAIS**; la posibilidad de retracto y la información sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de faltarle 10 años para pensionarse. Y en atención a los recursos de apelación se determinará si resulta procedente: **(i)** declarar la ineficacia del traslado del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que: **(a)** al demandante se le dio la asesoría pertinente conforme a lo establecido en las normas vigentes al momento del traslado de régimen pensional en ambas AFPS; **(b)** para la época de la afiliación no existía la obligación de mantener constancias escritas; **(c)** la asesoría del demandante se realizó de manera verbal; **(d)** la mesada pensional por vejez es mejor en el RPMPD; **(e)** la operancia de la prescripción en el presente proceso; **(f)** la administradora Porvenir S.A. estuvo atemperada a la Ley; **(g)** al demandante se le suministró toda la información precisa y ajustada a las normas que regulan el RAIS; **(h)** el demandante cuenta con 64 años de edad, por lo tanto, le faltan menos de 10 años para tener derecho a la pensión por vejez; **(i)** existen vicios en el consentimiento; **(j)** el demandante no ejerció el derecho al retracto; **(k)**

el demandante no es beneficiario del régimen de transición; **(iii)** el traslado de los gastos de administración junto con los respectivos rendimientos; **(iv)** el traslado de gastos de administración debidamente indexados; **(v)** opera la compensación de gastos de administración y rendimientos; **(vi)** el traslado de gastos de administración genera un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

Análisis del Caso

Ineficacia del Traslado

El traslado, como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto que el fondo respectivo debe brindar la información adecuada, completa, veraz y oportuna sobre las consecuencias del acto que se va a realizar.

En tal sentido, los **artículos 12 y 13 literal b) de la Ley 100 de 1993**, señalan expresamente que la decisión de afiliarse o trasladarse de un régimen a otro dentro del sistema de pensiones debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado. Según lo expuesto, cuando la norma utiliza los términos de una decisión libre y voluntaria significa que no debe existir por parte del afiliado ninguna duda sobre las conveniencias o desavenencias de pertenecer a uno u otro de los regímenes.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el **Decreto 663 de 1993** y la **Ley 795 de 2003**.

El **deber de información**, es un elemento propio de la naturaleza del

contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual, las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber de disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el **Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- artículo 72 literal f) y artículo 97**, normas modificadas por la **Ley 795 de 2003**, que en su **artículo 12** señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar **"...debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas..."**.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los **Decretos 2241 de 2010 y 2555** del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el sistema general de pensiones, como: **i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.**

Como ha quedado visto, el deber de información **es una obligación que, por Ley, siempre han tenido las Administradoras de Fondos de Pensiones**, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que, se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Tal razón justifica el contenido del artículo 3° del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus

afiliados sobre la posibilidad de **retractarse**; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que “*las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse*” que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

Tal omisión, en tratándose de este aspecto, acarrea la ineficacia de la selección, pues se parte del hecho de que la decisión no fue informada, y que está mediada de error.

Se remite la Sala a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia **del 22 de noviembre de 2011 radicado 33083**, entre otras como soporte jurisprudencial de esta decisión. Debe precisar la Sala que aun cuando la jurisprudencia citada corresponde a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, no obsta su aplicación al presente asunto dadas las similitudes y características que existen entre la posibilidad de afiliarse o trasladarse en los diferentes regímenes del sistema pensional.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente abordó el tema que ocupa la atención de la Sala, en la **Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838**, redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.”

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero". (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, obra copia de la solicitud de vinculación del **9 de septiembre de 1999**, que da cuenta que el **demandante** fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con la **AFP Protección S.A.** (sin pág., expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 anexos 20200041500); El documento fue suscrito por el **demandante**, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **Danilo Salazar Ibarra** se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Tal y como se precisó en hechos probados, posteriormente, el **demandante** se afilió a la **AFP Horizonte S.A.** hoy **Porvenir S.A.**, como traslado entre **AFP'S**, tal y como se visualiza a través de documento visible en el expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 anexos 20200041500, siendo este, el último traslado que realizó entre las **Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad**.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen, las **AFPS Protección S.A.** y **Horizonte S.A.** hoy **Porvenir S.A.**, hayan cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en ella, al demandante.

En efecto, no se denota que las entidades de seguridad social demandadas le hayan suministrado al demandante los datos y explicaciones del traslado respectivo; en efecto, brilla por su ausencia el acompañamiento desde la antesala de la afiliación, momento en el que debieron mostrarle los pros y contras de la decisión trascendental que iba a tomar; dicha gestión puede quedar en evidencia, por ejemplo, con las proyecciones matemáticas, que sustentan el valor de la mesada que hubiera tenido en ambos regímenes, entre otras.

La única prueba con la que pretenden los fondos demandados, acreditar que cumplieron con el deber de información, es la copia de la solicitud de vinculación en la que reposa la leyenda "**VOLUNTAD DE AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese régimen lo hace de forma libre, espontánea, y sin presiones.

No obstante, tal documento es precario para lograr el cometido pretendido por los fondos privados, pues, no se puede predicar que el demandante, tomó verdaderamente una decisión libre y voluntaria, cuando ignora la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple y fría expresión genérica pre impresa en un formato.

Tampoco se denota una constancia de que se haya entregado el Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la administradora de pensiones, que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes; y mucho menos reposa la comunicación que por escrito la AFP debió dirigir al demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando al afiliado le falta menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral,

se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689**, todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

“...De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se radica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...”. (Negrilla fuera de texto)

A su vez, se reitera en las comentadas decisiones, que la acción dirigida a dejar sin efectos dicho traslado es inescindible del derecho a la Seguridad Social, de suerte que comparte con éste la condición de **imprescriptible**. así como los derechos que emanen de tal declaratoria.

Además, recuerda también la Corte, que la ineficacia ocasionada al momento de traslado de régimen no se convalida con los sucesivos traslados de fondos estando en el interior del mismo régimen **o su permanencia en éste por un periodo considerable.**

Respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al **RAIS**, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias **SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P.** CLARA CECILIA DUEÑAS.

Considera ésta Sala, entonces, que es dable ordenar a **Protección S.A.** y **Horizonte Pensiones y Cesantías** hoy **Porvenir S.A.**, que procedan a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, por lo tanto, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que, éstos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, y es por ello que, **el valor de estas, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los gastos de administración,** deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Adicionalmente, hace énfasis la Sala en que, el traslado de los gastos de administración no forma parte de los valores que conforman los ahorros de la cuenta individual del demandante en el RAIS, sino de la administración que, en el RPM le corresponde a COLPENSIONES, sin que esto genere un enriquecimiento sin causa en favor del demandante ni de Colpensiones.

Respecto de la devolución de las cotizaciones, gastos de administración y rendimientos del RAIS al RPM debidamente indexados, se tiene que, en el momento en el que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad el 22 de febrero de 1995 operó lo dispuesto en el literal A) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, lo que en términos de la declaratoria de ineficacia conllevaría a la devolución con efectos retroactivos de **todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, incluidos los valores que cobró el fondo privado a título de gastos de administración, comisiones debidamente indexados** durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, como quiera que tales montos deben mantener su poder adquisitivo inicial.

En lo concerniente a los argumentos de los recursos de apelación y alegatos de conclusión, la presente Colegiatura considera que estos fueron resueltos y atendidos en las consideraciones anteriores.

En razón a lo vertido, y sin necesidad de más consideraciones, se confirmará en lo demás la Sentencia apelada y consultada en lo atinente al traslado, pues la conclusión vertida de dejar sin validez el traslado del demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que el demandante ha manifestado su afiliación a dicho régimen hoy administrado por Colpensiones, junto con los beneficios que sean aplicables a su caso.

Costas

Respecto de las **costas**, señala el numeral 1º del artículo 365 del CGP, que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, como ocurrió en el caso *sub examine*, **Porvenir S.A.** ejerció oposición en el desarrollo del proceso y finalmente fue derrotada en juicio, de tal suerte que debe asumir las consecuencias, entre estas, la de la condena en costas, en ese orden se confirmará en lo relacionado a la condena en costas a **Porvenir S.A.**

En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones**, a favor del **demandante Danilo Salazar Ibarra**, por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de **DOS MILLONES DE PESOS** (\$2'000.000) m/cte., como agencias en derecho, a sufragarse por cada una ellas.

Decisión

En mérito de lo expuesto, ésta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

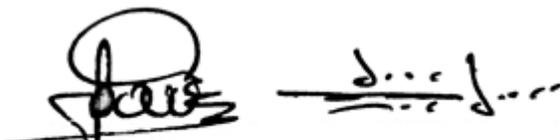
PRIMERO: CONFIRMÁSE la **Sentencia No. 023 del 10 de febrero de 2021**, proferida por el **Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: En la presente instancia las **Costas** estarán a cargo de la **Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones**, a favor del **demandante Danilo Salazar Ibarra**, por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000) m/cte., como agencias en derecho, a sufragarse por cada una ellas.

TERCERO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado que dictó la sentencia de primera instancia.

No siendo otro el objeto de la presente se firma en constancia como aparece.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente


CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada