



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	MARIO BRAVO ALVAREZ
Demandados	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación	760013105001202000309 01
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	<i>Deber de información:</i> 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. Las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar a la afiliada toda la información respecto de los aspectos positivos y negativos del traslado de régimen 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. 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. La acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo. 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 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.

	Traslados de administradoras dentro del RAIS: La actuación viciada del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
--	--

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 15¹** 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 proceden a **resolver los recursos de apelación** formulados por **las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.**, y surtir el Grado Jurisdiccional de **Consulta** a favor de Colpensiones, respecto de la **Sentencia No. 005 del 21 de enero de 2021**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por 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,

SENTENCIA No. 049

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

Antecedentes

MARIO BRAVO ALVAREZ presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES** y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR 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 27 de octubre de 1957.

Que, en cumplimiento de sus expectativas laborales y pensionales, se afilió el 26 de junio de 1978 a los riesgos de I.V.M. que administraba el Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de pensiones–COLPENSIONES, cotizando un total de 647.86 semanas.

Que el 16 de noviembre de 1994, uno de los asesores de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., le manifestó, que, de afiliarse a ese fondo, le traería como beneficio pensionarse antes de los 62 años de edad, con una mesada más alta que la que se le reconocería en el ISS.

Que se le indicó, que el régimen pensional administrado por el ISS, desaparecería y que corría el riesgo de perder su pensión si se quedaba afiliado al ISS.

Que el asesor de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en ningún momento le suministró información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta, sobre los perjuicios que en su derecho pensional traería el hecho del traslado al régimen de ahorro individual.

Que, no le hicieron un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría permanecer o trasladarse de régimen pensional, es decir, de dejar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que, al momento de la afiliación al RAIS, no se le realizó ni cálculo, ni proyección alguna, a pesar de contar el fondo privado, con todos los aspectos técnicos, matemáticos y financieros, para realizar la proyección de sus diferentes factores, tales como: su pensión para la fecha de cumplimiento de su edad, pensión anticipada, la redención del bono pensional, saldo que debía acreditar en su cuenta, entre otros. Incurriendo el fondo privado en una omisión en su deber legal y Constitucional; generándole un daño patrimonial y moral.

Que según comunicación emitida por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, (dando respuesta al derecho de petición impetrado el 21 de julio de 2020), con respecto al punto sexto de la petición, donde se solicitó la proyección del monto de la mesada pensional al cumplimiento de los 62 años de edad en el escenario del RAIS, y en todas las modalidades pensionales, indicó la entidad que: *“ el logro obtenido es una pensión a través de una garantía de Pensión Mínima; mientras que en COLPENSIONES., se podría pensionar con el I.B.L., del promedio de los últimos diez (10) años, equivalente a \$ 2.185.372.47, al cual se le debe de aplicar una tasa de remplazo del 75.70%, para una mesada pensional de \$ 1.655.637.”*

Que, la equivocada y manipulada asesoría por parte de los ejecutivos del fondo privado demuestra el evidente daño que se le produjo, porque no podrá pensionarse anticipadamente, toda vez que, el monto ahorrado en la cuenta individual no le alcanzaría para tener una mesada de acuerdo a su nivel económico.

Que es evidente el error en que se le hizo incurrir para que se afiliara a Porvenir S.A., y que para dicha situación deberá tenerse en cuenta que la citada entidad, no cuenta con prueba alguna en donde consten las re asesorías hechas, observándose nuevamente el ocultamiento de información y la omisión en asesorías, generándole perjuicios en su derecho pensional.

Que el 2 de agosto de 2020, a través del correo oficial de Colpensiones, solicitó el traslado nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación definida y la entidad mediante comunicado del 4 de agosto de 2020, rechazó la petición.

El **Ministerio Público**, a través de la **Procuradora Octava Judicial I**, sostuvo, que con fundamento en la línea Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, indicó, que corresponde a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., probar que, en el proceso de traslado de régimen pensional, cumplió con el deber de información con transparencia máxima, de forma completa y comprensible, dando cumplimiento a los requisitos legales y los parámetros jurisprudenciales, lo que determina la eficacia o no del traslado de Régimen Pensional realizado por la demandante; igualmente, precisó, que no hay lugar a la condena en costas contra la Administradora Colombiana de pensiones, por lo tanto, solicitó que se absuelva a la Administradora Colombiana De Pensiones-Colpensiones, de la condena en costas procesales.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, se opuso a todas las pretensiones incoadas en la demanda, por cuanto, la selección de uno cualquiera de los regímenes existentes -RAIS Y RPM- es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria, por ello la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones no está obligada en realizar el traslado del RAIS al RPM. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; La innominada; Buena fe y Prescripción.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones incoadas, como quiera que, no se demostró la causal de ineficacia y/o nulidad que invalide la afiliación voluntaria del demandante en el R.A.I.S.E. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Prescripción; Prescripción de la acción de nulidad; Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y Buena fe.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 05 del 21 de enero de 2021**; declarando no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la providencia; declarando la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por inicialmente por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A, realizado por el señor MARIO BRAVO ALVAREZ. En consecuencia, declarando que, para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenando a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, 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; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones del demandante; condenando a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones, a que admita nuevamente al señor MARIO BRAVO ALVAREZ, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la misma sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales; condenando a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en costas fijándose como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV a cargo de cada una.

Recursos de Apelación

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

Colpensiones, interpuso recurso de apelación contra la Sentencia proferida, para que sea revocada y se considere que, al demandante no le asiste derecho a trasladarse de régimen, pues, no se logró demostrar hasta el momento que, haya sido engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses y se haya ejercido fuerza o coacción sobre la misma, más aun, cuando el demandante ha permanecido en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por tantos años, sin manifestar inconformidad respecto al desempeño de la administración de sus recursos afianzando así la decisión de estar en el Regimen.

Mencionó, que la Sentencia C – 1024 de 2004 y la SU 062 de 2010, la Corte Constitucional en materia de traslado indicó, que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que, el Regimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida se descapitalizaría, que dentro de la aludida jurisprudencia la Corte recordó que: *"...el derecho a la libre elección entre los regímenes pensionales previstos en la Ley no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de unas excepciones que por su misma esencia pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato..."*.

Afirmó, que, si se decide confirmar la sentencia, se considere que, las cotizaciones rendimientos financieros y gastos de administración que se han ordenado devolver sean devueltos éstos debidamente indexados, por todo el periodo que, el afiliado permaneció afiliado al RAIS.

Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, solicitando, que se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas en la contestación de la demanda y se revoquen todas y cada una de las condenas expuestas.

Alegó que, la entidad siempre actuó con buena fe, que con esa relación y con ese traslado que se realizó para el año 1994, el demandante de forma libre, voluntaria y consciente tal y como quedó expresado con el formulario de afiliación cuya forma pre impresa, se encuentra ajustado a los requisitos establecidos por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de afiliación del accionante.

Indicó que, en el presente caso esa información se surtió de manera verbal y la entidad cumplió con los requisitos que se encontraban de conformidad con los artículos 14 y 15 del Decreto 1056 del año 1994, dentro de los cuales no se establecía el deber de información acreditado en el escrito de demanda o en los alegatos de conclusión por la parte demandante, puesto que, la situación de dar la información de manera escrita a los potenciales afiliados surge a partir del artículo 3 del Decreto 2791 de 2015.

Manifestó que, cumplió con todas las obligaciones de carácter legal, que el periodo que duró la afiliación del accionante sin que pueda colegirse o probarse por acción o por omisión la declaratoria misma de la ineficacia y que hasta en los alegatos de conclusión no se menciona en ningún momento dentro de la demanda o se prueba que haya existido algún tipo de inconformidad, queja, reclamo o solicitud por parte del demandante en el año 1994 hasta la fecha.

Precisó que, en el presente caso se evidencia que, la solicitud de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional surge a partir de que el accionante se encuentra cerca a cumplir con los requisitos de la pensión de vejez y eso lo que permite concluir es que, la necesidad de retornar al Regimen de Prima Media no refiere a la falta al deber de información o engaño al momento del traslado si no a razones de carácter económico frente a las pensionales que tiene y es que no cumple con las expectativas.

Resaltó que, la conveniencia del régimen depende de circunstancias que son variables con el tiempo y para el año 1994 existían circunstancias en las que finalmente pueden ser diferentes a las actuales por parte del demandante, si un régimen pudo haber sido beneficioso para el año 1994 y actualmente otro régimen podría ser el más beneficioso al demandante.

Que la solicitud de ineficacia del traslado se encuentra prescrita, debido a que, el objeto de discusión o reclamo por la parte demandante fue el acto de afiliación realizado en el año 1994, es decir, que no está en discusión la causación del derecho pensional, porque finalmente se cumple con todos los requisitos puede haberse pensionado el

demandante en el Regimen de Ahorro Individual sino que, está en prescripción esa afiliación que se produjo es decir que, finalmente es susceptible de conformidad con el artículo 488 del CST y el 151 del CPTSS si se tiene en cuenta que, la supuesta falta al deber de información para el año 1994, hubo un vicio en el consentimiento, no cabe duda que la exigibilidad de sus derechos se debieron de haber dado a los 3 años sino se encontraría prescrita la acción.

Manifestó que, la relación entre el demandante y la administradora es de carácter contractual y no administrativo, que el deber de información no solamente puede recaer en la AFP sino que también en el demandante al ser un consumidor financiero, que como no existe ningún tipo de posición dominante no se puede aceptar la ignorancia de la Ley donde finalmente se considere como excusa contraria a lo que nos dice el artículo 9 del C.C. que ordena a la entidad de conformidad a la ineficacia a devolver los rendimientos.

Afirmó que, la consecuencia jurídica de la ineficacia y que el vínculo no existió es que el demandante nunca estuvo afiliado en el Regimen de Ahorro Individual, por lo tanto, los dineros nunca estuvieron en una cuenta de ahorro individual que haya sido administrada por la entidad frente a los cuales se generaron unos rendimientos, por lo tanto, si no existió la afiliación no habría lugar a devolver la suma por concepto de rendimientos que se generaron durante tantos años gracias a la debida gestión de la entidad.

Frente a los gastos de administración arguyó, que no incurrió en ningún momento en algún tipo de falta de derecho, por lo tanto, no tendría por qué vérselo afectado su patrimonio al ordenar devolver los gastos de administración si en ningún momento obró de mala fe o desconociendo la normatividad vigente, antes se le estaría violando un derecho al condenarla teniendo presente que, su comportamiento se ajustó a derecho y son las sumas que han sido causadas que han sido utilizadas para la debida gestión de los dineros del demandante y generaría un enriquecimiento sin justa causa al demandante y a Colpensiones un detrimento patrimonial a cargo de la entidad.

Sostuvo, que se ordena devolver los bonos pensionales, teniendo presente que, si hubiere el bono pensional el demandante debe ser trasladado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y finalmente no a Colpensiones. frente a las sumas adicionales de la aseguradora indicó, que tampoco es procedente tal condena o tal devolución, debido a que, ésta surge únicamente cuando se presenta un siniestro, es decir, cuando el seguro se materializó es cuando se haya pensionado el demandante por invalidez o sobreviviente donde finalmente, no es en el presente caso, por lo tanto, dicho valor no debe ser devuelto a Colpensiones, reiterando Jurisprudencia al respecto.

Manifestó, que no procede la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora porque, para las pensiones de invalidez y sobreviviente es un aspecto que no se discute en el proceso. finalizó solicitando, que se revoque la decisión y se absuelva a la entidad de todas y cada una de las condenas impuestas.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

De igual forma, por mandato del inciso 3º 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

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.".

En el presente asunto, no se encuentra en discusión que: **(i)** El **demandante Mario Bravo Álvarez**, se encontraba afiliado a **Colpensiones** y posteriormente diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a **Porvenir S.A.**, el 16 de noviembre de 1994 (sin pág. expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 Demanda Anexos 20200904FL68); **(ii)** El **demandante**, diligenció el formulario de peticiones, quejas, reclamos, sugerencias y denuncias ante **Colpensiones** solicitando el traslado de régimen pensional y la entidad a través de Resolución BZ2020_7475069-1575728 del 4 de agosto de 2020, negó la solicitud. (sin pág. expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 Demanda Anexos 20200904FL68).

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 el recurso de apelación se determinará si resulta procedente: **(ii)** la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, como quiera que: **(a)** no se logró demostrar que, el demandante haya sido engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses y la entidad haya ejercido fuerza o coacción al demandante al momento de la afiliación; **(b)** el demandante ha permanecido afiliado al RAIS durante muchos años; **(c)** la administradora siempre actuó de buena fe; **(d)** el traslado del demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consciente; **(e)** la información otorgada al demandante al momento de la afiliación se surtió de manera verbal; **(f)** la administradora cumplió con todas las obligaciones de carácter legal; **(g)** el demandante se encuentra cerca de cumplir los requisitos para tener derecho a la pensión por vejez; **(h)** opera la prescripción en procesos de ineficacia del traslado de régimen pensional; **(iii)** el traslado de las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración sean devueltos debidamente indexados.

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 el formulario de afiliación del **16 de noviembre de 1994**, que da cuenta que, el **demandante**, fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con **Porvenir S.A.** (sin pág. expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 Demanda Anexos 20200904FL68). El formulario de afiliación ante la entidad fue suscrito por el **demandante**, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **Mario Bravo Álvarez** se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen, la administradora **Porvenir S.A.**, haya 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 la entidad de seguridad social demandada le haya 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 pretende el fondo demandado, acreditar que cumplió 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 el fondo privado, 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 **PORVENIR S.A.** que proceda 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.

Es dable, precisar, que en el momento en el que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad 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. Por lo que se adicionará la Sentencia en tal sentido.

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.

En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **Porvenir S.A.**, a favor del demandante **Mario Bravo Álvarez**, 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.

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: MODIFÍCASE el numeral **TERCERO** de la **Sentencia No. 05 del 21 de enero de 2021**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, el cual, quedará así:

“TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, 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; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones del demandante debidamente indexados.”

SEGUNDO: CONFÍRMASE, en todo lo demás, la **Sentencia No. 05 del 21 de enero de 2021**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de**

Cali, por las razones aquí expuestas.

TERCERO: En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **PORVENIR S.A.** a favor de la demandante **María Fernanda Valencia Gamba**, por no haber salido adelante en su recurso de apelación, incluyendo la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000) m/cte., como agencias en derecho.

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.

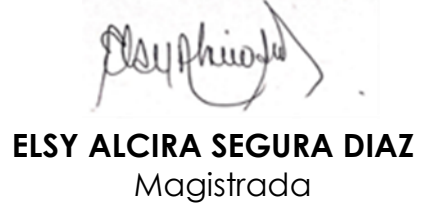
COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente



CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada