República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	**Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia**
Demandante	**GLORIA PATRICIA ANDRADE**
Demandados	**COLPENSIONES - EICE.**, **PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**
Radicación	**76001310500420180051 1 01**
Tema	**Ineficacia del Traslado de Régimen**
Sub Temas	***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 a la interesada de tomar una opción que claramente le perjudica. 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 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. 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. **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. **Procede la condena en costas** a Colpensiones en segunda instancia, y en Primera Instancia en virtud del numeral 1°del artículo 365 del CGP, toda vez que ejerció oposición y fue vencida en juicio.

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) 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 Protección S.A. y Colpensiones,** y, surtir el Grado Jurisdiccional de **Consulta** a favor de Colpensiones, respecto de la **Sentencia No. 227 del 24 de noviembre de 2020,** proferida por el **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali**.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por la parte **demandante,** y las **demandadas Protección S.A.** 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. 058

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

Antecedentes

GLORIA PATRICIA ANDRADE, presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES,** las **AFPS PROTECCIÓN S.A** y **PORVENIR S.A.**[2], 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, la demandante señaló que, nació el 1 de junio de 1965.

Que, se afilió al Instituto de Seguros Sociales para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte a partir del 24 de julio de 1986.

Que, el 30 de septiembre de 1994, suscribió el formulario de traslado y/o afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., proveniente del I.S.S., en atención a la oferta presenta por dicho fondo, quien se encontraba en busca de nuevos afiliados al Regimen de Ahorro Individual y teniendo como fundamento la asesoría brindada por uno de los ejecutivos comerciales de la entidad.

Que, la información recibida solo se enfocó en resaltar las ventajas del Régimen Privado y los beneficios que tendría estar afiliada al Fondo de Pensiones Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

---

2 El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, vinculó a las entidades en calidad de litisconsortes necesarias a través de Auto No. 1058 del 21 de octubre de 2019.

Que, luego de haber recibido la asesoría por parte del ejecutivo comercial y de ofrecerle un sin número de ventajas, optó por trasladarse de régimen pensional, suscribiendo la solicitud de vinculación y/o afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con la firme convicción que accedería al derecho pensional en los términos ofrecidos por dicho fondo privado, además porque de acuerdo con la información recibida el Seguro Social tenía problemas financieros y su pensión podría estar comprometida.

Que, la asesoría brindada se limitó a ofrecer las bondades del Régimen de Ahorro Individual, sin que se le realizara un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le traería trasladarse de régimen para ella y su núcleo familiar, como tampoco se le informó sobre las características de los regímenes pensionales, ni la forma como se accede a las prestaciones económicas de cada uno de ellos y sus principales diferencias.

Afirmó que, tampoco se le dio a conocer al momento de la asesoría sobre las modalidades de pensión, figuras propias del Régimen de Ahorro Individual que impactan notablemente la mesada pensional por las características que éstas conllevan.

Que, Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., no cumplió con su deber de información y buen consejo para con ella, pues, al momento de efectuar el traslado de régimen no le suministró una información clara, suficiente, y veraz respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen pensional que le permitiera tomar una decisión consciente, conociendo las desventajas que acarreaba tal traslado.

Que, el 1 de septiembre de 2008, debido a las comparaciones en rentabilidad que existían entre los distintos fondos que conforman el

Régimen de Ahorro Individual, decidió cambiarse de fondo de pensiones a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Posteriormente y con el ánimo de pensionarse solicitó a una firma especializada en estudios pensionales para determinar cuál sería la mesada pensional que obtendría en uno u otro régimen, llevándose la sorpresa que en el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones en el caso de encontrarse allí afiliada, su mesada pensional ascendería a la suma de $6.931.236, y aplicando el descuento en salud sería un valor neto de $6.099.488, teniendo como base un IBL de $9.724.465 y 1700,62 semanas de cotización, mientras que en el Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección S.A., su mesada pensional tan solo alcanzaría la suma de $3.467.472.

Por lo anterior, elevó ante el ISS hoy Colpensiones, solicitud de traslado de régimen y la entidad a través de comunicado No. 2018_11228577-16521093, por medio del cual le informaba que: "…*no es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto, la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse*…", quedando así agotada la reclamación administrativa de que trata el artículo 6 del C.P.T.S.S.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones, por cuanto, pretende la demandante que Colpensiones reconozca una pensión de vejez no habiendo ésta cotizado en el fondo común, poniendo en riesgo y vulnerando el principio de sostenibilidad fiscal del sistema pensional. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Inexistencia de la obligación; Inexistencia de vicios del consentimiento; Buena fe de la entidad demandada; Prescripción y la Innominada o genérica.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones, toda vez que, no existió omisión u error alguno por parte de la entidad, pues, se entregó

a la demandante toda la información que ésta requería para que tomara una decisión consciente y libre de toda coacción, respecto del traslado de régimen. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Validez de la afiliación a Protección S.A.; Buena fe; Inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; Debida Re asesoría pensional a la demandante; Prescripción; Carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen; Inexistencia de engaño y de expectativa legitima; Nadie puede ir en contra de sus propios actos; Compensación; Innominada o genérica.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.,** al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones, afirmando que, la afiliación de la parte demandante con la entidad fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación – documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Le 100 de 1993. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Prescripción; Buena fe; Inexistencia de la obligación; La genérica.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 227 del 24 de noviembre de 2020;** declarando no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, por las razones esgrimidas en esta providencia; declarando la ineficacia de la afiliación de la señora Gloria Patricia Andrade Arboleda realizada en el Fondo de Pensiones y Cesantías Horizontes Pensiones y Cesantías S.A. hoy Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones

Y Cesantías Porvenir S.A., e igualmente la realizada en el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; ordenando a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que proceda a trasladar la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora Gloria Patricia Andrade Arboleda, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración; ordenando a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que proceda a recibir de parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora Gloria Patricia Andrade Arboleda en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración, conservando para ese efecto la demandante, todos sus derechos y garantías, que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad; condenando a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a la suma de $900.000=,por concepto de costas procesales, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Provenir S.A., a la suma de $900.000=, por concepto de costas procesales, y a Colpensiones en la suma de $200.000=,por concepto de costas procesales.

Recursos de Apelación

Presentaron recurso de **apelación** las partes **demandadas Protección S.A. y Colpensiones.**

Protección S.A., solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que, el traslado primigenio de la demandante se efectuado a Horizonte hoy Porvenir S.A. y es posterior al traslado efectuado ante la entidad.

Que, la demandante se trasladó entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, traslados que tienen plena validez, debido a que, a la demandante se le brindó una completa veraz asesoría acerca de las características, ventajas y desventajas del Regimen de Prima Media y Regimen de Ahorro Individual por parte de los asesores de la entidad.

Afirmó que, si bien no existen documentos que soporten la asesoría para la fecha en que se trasladó la demandante está se hacía de manera verbal, toda vez que, los fondos no tenían la obligación de brindar información por escrito esto solo surge con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Indicó que, la demandante teniendo conocimiento de la posibilidad de retractarse dentro de los cinco días hábiles siguientes a su afiliación con la entidad de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994 no lo hizo, además de la oportunidad que tenía para trasladarse antes de encontrarse inmersa en la prohibición legal del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, esto es, antes encontrarse a menos de 10 años para pensionarse y no lo hizo.

Indicó que, la demandante no manifestó inconformidad alguna durante la afiliación a la entidad, lo cual, denota la real voluntad de la demandante de permanecer afiliada en el Régimen de Ahorro Individual, pues, tal como lo ha señalado la SCL CSJ en sentencia SL 3352 del 15 de septiembre de 2020 rad. 73532 los traslados del Régimen de Ahorro Individual reúnen los elementos propios de actos de relacionamiento lo que permite suponer que es deseo del afiliado o afiliada de permanecer en el Regimen e incluso presupone el cierto conocimiento de la persona respecto del funcionamiento del mismo sus beneficios, ventajas, des ventajas y modo de operar al punto de querer continuar afiliado aun teniendo la oportunidad de retornar a Colpensiones.

Frente a la condena de gastos de administración, manifestó, que la misma no debe proceder, toda vez que, la comisión por gastos de

administración es aquella que cobran las administradoras para administrar los aportes que integran la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado la demandante al Sistema General de Pensiones la administradora descontó el 3% para cubrir los gastos mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003 que opera tanto para el Regimen de Ahorro Individual como para el Regimen de Prima Media.

Por lo anteriormente expuesto, precisó que, no es procedente que se ordene la devolución de lo que la entidad descontó por comisión de administración, toda vez que, se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante descuentos realizados conforme a la Ley y como contraprestación a una buena gestión de administración de la entidad financiera.

En ese orden de ideas, afirmó que, si la consecuencia de la ineficacia o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca la entidad debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron ni tampoco se debió cobrar una comisión de administración el artículo 1746 del C.C. habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y abono de mejoras con base en éste debe entenderse que aunque se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió un contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras siendo el fruto o mejora del afiliado los rendimientos de la cuenta de ahorro individual y el fruto o mejora de la administradora es la comisión por administración, la cual, debe conservarse si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la afiliada.

Colpensiones, adujo que, se tengan en cuenta los alegatos de conclusión dados en la instancia y el grado de escolaridad de la demandante, pues, no es apropiado afirmar que hubo un vicio en el consentimiento, cuando es evidente que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual fue realizada con intención y libertad; indicó que, la duda en todo caso excluye el vicio en el consentimiento, pues, quien realiza cualquier clase de acto a sabiendas que puede estar equivocado desconociendo con exactitud las consecuencias de los mismos, no puede invocar luego su propio error.

Afirmó que, se tenga en cuenta que la misma demandante manifestó que, en ningún momento se le pasó por su mente trasladarse al Régimen de Prima Media, lo que manifestó es que, tenía deseo de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, pues, lleva veintiséis años en este régimen y nunca antes manifestó quererse trasladar y su traslado no se realizó precisamente por una falta de voluntad porque en realidad ella nunca buscó una información demás para volverse a trasladar, lo hizo cuando a la misma le faltan menos de 10 años para pensionarse, teniendo en cuenta que la Sentencia C- 1024 manifiesta que no se podrá trasladar de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario cuya validez constitucional no admite duda alguna.

Manifestó que, en ningún momento la entidad coaccionó a la demandante para que retirara sus aportes y fuera al Regimen de Ahorro Individual. En consecuencia, solicitó que, absuelva a la entidad de todas y cada una de las condenas, en caso de no prosperar el recurso, se absuelva de la condena en costas.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión, resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las **demandadas Protección S.A. y Colpensiones,** 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 DUEÑAS[3].

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)*** la **demandante** se encontraba afiliada a **Colpensiones** y posteriormente diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado ante **Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.,** el 30 de septiembre de 1994, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de octubre de 1994 (pág. 18 expediente digital, 01 Expediente Digital 00420180051100); ***(ii)*** posteriormente, la **demandante** diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado ante **Porvenir S.A.,** el 23 de octubre de 1997, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de diciembre de 1997 (pág. 117 expediente digital, 01 Expediente Digital 00420180051100); ***(iii)*** posteriormente, la **demandante**, diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado ante **Protección S.A.,** el 1 de septiembre de 2008, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de noviembre de 2008. (pág. 17 expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 Expediente Digital 00420180051100); y, ***(iv)*** la **demandante**, el 7 de septiembre de 2018, diligenció ante **Colpensiones** el formulario de afiliación al Sistema General de Pensiones y la entidad a través de Resolución 2018_11228577-16521093 del 7 de septiembre de 2018

[3] "La Nación sí garantiza el pago de las pensiones, se itera, del régimen de prima media con prestación definida, de forma que debe surtirse 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.".

respondió negando la solicitud. (págs. 31 y 32 expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 Expediente Digital 004201800511 00)

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si: ***(i)*** el traslado de régimen de la **demandante** es inválido, habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliada 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: ***(ii)*** declarar la ineficacia del traslado del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que: ***(a)*** el traslado realizado a Protección S.A. es posterior al primer traslado de régimen efectuado a Horizonte hoy Porvenir S.A.; ***(b)*** el traslado de régimen es válido debido a que se le brindó una completa y veraz asesoría acerca de las características, ventajas, y desventajas en ambos regímenes, por lo cual no existió vicio en el consentimiento de la parte actora; ***(c)*** la asesoría se le realizó a la demandante de manera verbal; ***(d)*** la demandante no ejerció el derecho al retracto; ***(e)*** la demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse; ***(f)*** la demandante no manifestó inconformidad alguna durante el largo tiempo en que estuvo afiliada; ***(iii)*** el traslado de rendimientos y gastos de administración del RAIS al RPMPD; y, ***(iv)*** la condena en costas a 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 3º 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 **30 de septiembre de 1994,** que da cuenta que la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con **Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.** (pág. 17 expediente digital, 01 Expediente Digital

00420180051100). El documento fue suscrito por la demandante, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **Gloria Patricia Andrade** se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Posteriormente, la demandante se afilió a la **Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A.,** como traslado entre AFP'S, con fecha efectiva el 1 de diciembre de 1997; de ahí se trasladó al fondo **Protección S.A.**, en fecha 1 de septiembre de 2008 (págs. 18 y 117, expediente digital, cuaderno del juzgado, 02760013105002201900180000 Expediente Digital)

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen, **Porvenir S.A. y Protección 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 él, a la demandante.

En efecto, no se denota que las entidades de seguridad social demandadas le hayan suministrado a la 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 aduciendo que en el formulario de vinculación diligenciado y firmado por el demandante 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, tales documentos son precarios para lograr el cometido pretendido por los fondos privados, pues, no se puede predicar que la accionante, 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 las AFPS debieron dirigir a la demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando a la afiliada 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 **SL 1452** 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 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.

Considera ésta Sala, entonces que, es dable ordenar a **PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.,** que procedan a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora**,** por lo tanto, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que, estos 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 de la 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 de la **demandante** ni de Colpensiones.

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 de la demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que la 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 1° 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, Colpensiones 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 Colpensiones.

En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **Protección S.A. y Colpensiones** a favor de la **Gloria Patricia Andrade**, 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. 227 del 24 de noviembre de 2020,** proferida por el **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: En la presente instancia las **Costas** estarán a cargo de **Protección S.A. y Colpensiones,** a favor de la **demandante Gloria Patricia Andrade**, 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