



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	LILIANA ESCOBAR ESCOBAR
Demandados	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Radicación	760013105001202000519 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 a la interesada de tomar una opción que claramente le perjudica. 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. El enriquecimiento sin justa causa y el cobro de lo no debido no operan en los procesos de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional. Prescripción de la nulidad de traslado de régimen: 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. Las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retractarse; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado. 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 la demandante permaneció en el RAIS. Procede la condena en costas a la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones en segunda instancia, y en Primera Instancia en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, toda vez que ejerció oposición y fue vencida en juicio.
--	--

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de marzo 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, PCSJA21-11840 del 26 de agosto de 2021 y PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022**, 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, Protección S.A. y Porvenir S.A.**, y surtir el Grado Jurisdiccional de **Consulta** a favor de Colpensiones, respecto de la **Sentencia No. 100 del 14 de mayo de 2021**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por la parte **demandante** y las **demandadas**

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

Página 2 de 23

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. 077

Antecedentes

LILIANA ESCOBAR ESCOBAR, 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 Contestaciones.

En resumen de los hechos, la demandante señaló que, nació el 20 de marzo de 1966.

Que, se encuentra afiliada en pensiones a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Afirmó que, el 30 de abril de 2007, firmó formulario de traslado del Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a Porvenir S.A., momento en el cual no se le informó sobre las diferencias en la mesada pensional entre ambos fondos de pensiones, ni la diferencia en la liquidación de la pensión en cada régimen pensional.

Que, la asesoría e información recibida por el asesor comercial de Porvenir S.A., se basó esencialmente en ofrecerle un rendimiento mayor y una mesada más alta al momento de llegar a la pensión de vejez, prometiendo una pensión de vejez anticipada con unas mejores condiciones.

Que, Porvenir S.A. en franca omisión de sus deberes de administradora no asesoro, ni notificó la posibilidad de trasladarse, aun sabiendo y pudiendo determinar que su continuidad con dicho fondo de cara a la pensión de vejez seria económicamente muy inferior que lo que por pensión de vejez hubiese recibido en el ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Que, al conocer el valor de su mesada pensional en cada uno de sus regímenes, encontró que las condiciones ofrecidas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad eran un engaño, y que había sido burlada en su buena fe, por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por tanto, el valor de la mesada con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad actualmente es considerado muy inferior al que recibiría a los 57 años en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por Colpensiones.

Que, el 30 de diciembre de 2019, presentó derecho de Petición ante Porvenir S.A., solicitando el traslado a Colpensiones, el cual fue contestado, alegando que el traslado no es viable, debido a que, se encuentra incurso en la prohibición de traslado entre regímenes de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, como quiera que, se encuentra a menos de diez años para tener derecho a la pensión de vejez, asimismo que, el ahorro hecho en el Régimen de Ahorro Individual no sea inferior al monto total del aporte legal.

Que, el 27 de agosto de 2020, solicitó a Colpensiones el traslado a esa entidad, petición que fue contestada, pero no aceptada aduciendo 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...”.

El **Ministerio Público**, intervino a través de la **Procuradora Octava Judicial I para asuntos del trabajo y de la Seguridad Social**, aduciendo que, teniendo en cuenta las particularidades del presente caso, y con fundamento en la línea Jurisprudencial de la CSJ, indicó que, corresponde a la AFP Porvenir S.A., probar que en el proceso de traslado de régimen pensional, realizado a Liliana Escobar Escobar que, cumplió con el deber de información con transparencia máxima, de forma completa y comprensible, dando cumplimiento a los requisitos legales y los parámetros Jurisprudenciales. Adicionalmente, solicitó que se le exonere del pago de cuotas procesales a Colpensiones.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones, aduciendo que, la selección de cualquiera de los regímenes existentes -RAIS Y RPM- es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria, por ello la entidad no está obligada en realizar o no 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.**, contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones incoadas, por cuanto, el traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se efectuó con la AFP Protección S.A, en el año 2000, como se observa en el certificado de ASOFONDOS SIAFP Posteriormente, la demandante reiteró su voluntad de permanecer en el RAIS y se vinculó con Porvenir S.A, en el año de 2007, producto de una decisión libre e informada. En su defensa propuso la excepción previa denominada: **Falta de litisconsorcio pasivo necesario** y las excepciones de mérito denominadas: **Prescripción; Buena fe; Compensación y Genérica.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones incoadas, por cuanto, no existió omisión por parte de la entidad Porvenir S.A., ni Protección S.A. al momento de entregar a la demandante la información que requería para que tomara una decisión referente al traslado del RPM al RAIS de manera informada. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Validez de la afiliación a Protección S.A.; Validez del traslado de régimen del RPM al RAIS; Buena fe; Inexistencia de vicios del consentimiento por error de derecho; Prescripción; Carencia de acción e incumplimiento de los requisitos Constitucionales, legales y Jurisprudenciales para trasladarse de régimen; Inexistencia de engaño y de expectativa legítima; Nadie puede ir en contra de sus propios actos; Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare 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; Compensación y la Innominada o genérica.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 100 del 14 de mayo de 2021**; declarando no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas e integrada en Litis, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia; declarando la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., realizado por la señora Liliana Escobar Escobar, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarando que, para todos los efectos legales la afiliada 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 de la 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 hayan 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 de la demandante; ordenando a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a devolver al sistema 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 de la demandante; condenando a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a que admita nuevamente a la señora Liliana Escobar Escobar, 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 de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en costas, fijándose como agencias en derecho la suma de UN (1) SMMLV a cargo de cada una y a favor de la demandante.

Recursos de Apelación

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

Colpensiones solicitó que se revoque la sentencia y considere que, las sentencias C- 1024 de 2004 y SU 062 de 2010, la Corte Constitucional en materia de traslados indicó que, nadie puede resultar subsidiado a costa

de los recursos ahorrados de manera obligatoria afiliados al esquema, dado que, el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida se descapitalizaría.

Afirmó que, dentro de la Jurisprudencia la Corte recordó que: *“...el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales establecidos en la Ley no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite señalamientos a unas excepciones que por su misma esencia pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato...”*.

Solicitó que, se revoque la sentencia si se considera eventualmente que, de confirmarla, sea considerado que las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, rendimientos, ordenados devolver a la AFP sean estos debidamente indexados por todo el periodo en que la demandante permaneció afiliada al RAIS.

Manifestó su inconformidad respecto de las costas a las cuales fue condenada la entidad, toda vez que, si Colpensiones se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda no se puede desconocer que esto obedece a un deber legal causado por el litigio iniciado por la demandante y se debe considerar que la entidad no tiene responsabilidad alguna de la decisión tomada por la actora al momento del traslado, por tanto, como quedó demostrado en el escrito inicial de la demanda, esto se dio bajo engaños por parte de las AFP más no de Colpensiones.

Protección S.A., solicitó que, se revoque el numeral cuarto de la sentencia proferida, teniendo presente que, los gastos de administración se encuentran consagrados en el artículo 20, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, que establece lo relativo al monto de las cotizaciones, un 3% se destina a financiar los gastos de administración, la prima de los seguros de Fogafin y la prima de seguros de invalidez y sobreviviente.

Afirmó que, no habría la imposición de condena por gastos de administración, siendo que los mismos se descontaron en su momento con el propósito de financiar el sistema de pensiones en el RAIS máxime cuando los mismos son necesarios para el manejo de la cuenta de ahorro individual de cada afiliado permitiendo la re inversión de los mismos de manera que también los afiliados vean los resultados de dicha inversión a través de los rendimientos generados los cuales se acrecientan en la cuenta de ahorro individual de cada uno.

Afirmó que, no es procedente que se ordene la devolución, puesto que, se tratan de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual y que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado deben retrotraerse los efectos y Protección debe devolver la comisión de administración una vez el afiliado devuelva los rendimientos generados en su cuenta de ahorro, lo anterior, fundamentado en el artículo 1746 del C.C. de las restituciones mutuas, intereses, frutos y abono de mejoras.

Porvenir S.A., solicitó que, se revoquen los numerales primero, segundo, tercero y sexto en relación a las costas que se han impuesto a la entidad con base en las siguientes consideraciones.

Que, si bien es cierto tal y como se indicó en los alegatos de conclusión, la parte demandante sustenta sus pretensiones en los vicios del consentimiento para arribar a la ineficacia de la afiliación lo cierto es que, la parte demandante dentro del presente proceso no logró probar el error, la fuerza y el dolo a voces del artículo 1508 del C.C.

Manifestó que, debe tenerse en cuenta que la parte demandante gozaba con los mecanismos de carácter legal para hacer su devolución al Régimen de Prima Media, situación de la cual pasó por alto la jueza de primera instancia en el sentido que debió de verificarse las presunciones e indicios que reclama la Legislación y para ello la parte demandante no hizo uso de su derecho al retracto de la afiliación conforme al artículo 3

del Decreto 1161 de 1994 y tampoco manifestó su deseo de regresar al Régimen de Prima Media en los términos del artículo primero del Decreto 3800 del año 2003 antes por el contrario la parte demandante lo que hizo fue ratificar su intención de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual al verificarse el traslado Horizontal que ha realizado de la AFP Protección S.A. a la AFP Porvenir S.A. tal y como se logra verificar con el historial de vinculaciones que reposa en el expediente.

Manifestó que, la ineficacia de la afiliación se verifica a partir del traslado que hizo la parte demandante de la AFP Colpensiones y la AFP Protección y en virtud de ello no podía imponerle a la entidad ninguna de las imposiciones que se da en la parte considerativa de la presente sentencia.

Insistió en que, para esa clase de procesos debe darse aplicación a la prescripción teniendo en cuenta que la acción versa no solo en la adquisición o negación del derecho pensional como tal sino está encaminada a obtener la nulidad de la afiliación del sistema pensional en uno de los regímenes pensionales con el propósito de obtener no un derecho al mínimo sino un mayor valor de la mesada pensional razón por la cual no puede afirmarse que, está sea imprescriptible aun cuando sea exclusivo al sistema de pensiones de la seguridad social y se constituya con el fin de asegurar la entrega de la prestación pensional de persistir la condena y ratificarse la afiliación y las imposiciones que se han dado en el numeral tercero de la sentencia.

Solicitó que, se revoque lo pertinente a los gastos de administración a cargo de la entidad teniendo en cuenta que conforme al Decreto 3995 del 2008 en su artículo séptimo del traslado de aportes al régimen pensional no se impone los mismos, razón, por la cual debe respetarse la acción de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por la entidad.

Que, los rendimientos que se trasladaron a la administradora del destino, durante todo el periodo que la parte demandante estaba afiliada al fondo de pensiones administrado por Porvenir S.A., la entidad administró los dineros que la misma ha depositado en su cuenta de ahorro individual gestión que realizó con la mayor diligencia y cuidado; por cuanto, Porvenir S.A. es una entidad financiera experta en inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados, que dicha gestión de administración se vio evidenciada en los buenos rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual.

Que, si la consecuencia de la ineficacia o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se debe entender que, el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 del C.C. habla del requisito de restituciones mutuas, intereses, frutos y el abono de mejoras y con base en esto se debe entender que, aunque se declare una ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras por eso el fruto o mejora que, obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión por administración, por lo cual, debe conservarse si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la afiliada.

Manifestó que, en el caso en que se ordene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones lo descontado por comisión de administración se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de la parte demandante, por tanto, estaría recibiendo unos rendimientos generados por una buena administración de la entidad sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión de Porvenir S.A. verificándose una interpretación acorde con la constitución y con la Ley en detrimento del patrimonio de la entidad vulnerándosele el derecho a la igualdad y privilegio de manera

injustificada a una de las dos partes del contrato que puede ser declarado nulo o ineficaz que fue suscrito de buena fe por parte de la AFP Porvenir S.A.

No obstante, todo lo anterior, solicitó que se declaren probada la excepción de compensación, por tanto, si se declara la ineficacia de la afiliación todo vuelve a su estado original a la afiliación al Régimen de Prima Media, razón por la cual los rendimientos que se hayan generado a favor de la parte actora deben compensarse con los gastos de administración que han estado imponiendo a la entidad teniendo en cuenta que siempre actuó ajustada a la Ley y a la Constitución, de igual manera, debe tenerse en cuenta que dichos gastos de administración no son base de la financiación de la pensión de invalidez o vejez en alguno de los regímenes pensionales.

Manifestó que, de no tener en cuenta los argumentos esbozados solicitó que, se le aplique la prescripción a todos los rubros que se han impuesto en el numeral tercero los cuales van más allá de la pretensión principal de la declaratoria de la ineficacia con la afiliación razón por la cual, sobre estos si debe imponerse la prescripción; en igual sentido, se solicitó que se tenga en cuenta todos los argumentos esbozados para la revocatoria 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 Colpensiones, Protección S.A. 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

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 **Protección S.A.**, el 1 de febrero de 2000, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de abril de 2000 (sin págs., expediente digital, cuaderno del juzgado, 18 Contestación Dda Protección 2021 0420 FI 52); **(ii)** ulteriormente, la **demandante** diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado ante **Porvenir S.A.**, el 30 de abril de 2007, siendo fecha de inicio de efectividad, el 1 de junio de 2007 (pág. 66, expediente digital, cuaderno del juzgado, 14 Contestación Dda Porvenir 202 10209 FI 124); **(iii)** la **demandante**, el 30 de diciembre de 2019, solicitó ante **Porvenir S.A.** el traslado de régimen pensional y la entidad a través de comunicado 0103802047815400 del 8 de enero de 2020, negó la solicitud. (sin pág., expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 Demanda Anexos 2020 1216 FI49); y, **(iv)** la **demandante**, presentó derecho de petición ante **Colpensiones** y la entidad a través de Resolución BZ2020_8501772-1752613 del 28 de agosto de 2020 negó la petición.

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

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.”.

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 el recurso de apelación se determinará si resulta procedente: **(ii)** declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, debido a que: **(a)** la demandante eligió de manera libre su afiliación al RAIS; **(b)** Colpensiones no tiene responsabilidad alguna de la decisión tomada al momento del traslado; **(c)** la demandante no acreditó vicio en el consentimiento; **(d)** la demandante no ejerció su derecho al retracto; **(e)** la demandante ratificó su traslado de régimen pensional al haberse trasladado de manera horizontal; **(f)** opera la prescripción; **(g)** la demandante pretende un mayor valor de la mesada pensional; **(h)** Porvenir S.A., administró legalmente los dineros de la cuenta de ahorro individual; **(i)** opera la compensación de gastos de administración; **(iii)** la devolución del RAIS al RPMPD de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, debidamente indexados; **(iv)** declarar que los gastos de administración generan un enriquecimiento sin causa a la demandante; **(vi)** la condena en costas a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

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 **1 de febrero de 2000**, que da cuenta que la **demandante** fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con **Protección S.A.** (sin págs., expediente digital, cuaderno del juzgado, 18 Contestación Dda Protección 2021 0420 Fl 52). El documento fue suscrito por la **demandante**, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **Liliana Escobar Escobar** 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 junio de 2007 (pág. 66, expediente digital, cuaderno del juzgado, 14 Contestación Dda Porvenir 202 10209 FI 124)

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; 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, 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 la AFP debió 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 faltan 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 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.

Respecto del ítem de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones en el que pretende que, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual incluidos los gastos de administración y comisiones del RAIS al RPM se realicen debidamente

indexados, se tiene que, en el momento en el que la 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 y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante permaneció en el RAIS, como quiera que tales montos deben mantener su poder adquisitivo inicial, por lo cual se modificará la sentencia en este 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 de la demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que la demandante ha mantenido 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, **Colpensiones** y **Porvenir S.A.**, ejercieron oposición en el desarrollo del proceso y finalmente fueron derrotadas en juicio, de tal suerte que deben asumir las consecuencias, entre estas, la de la condena en costas; en ese orden se confirmará en lo relacionado a la condena en costas de primera instancia, a las referidas entidades.

En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de las **Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Protección S.A.**, a favor de la demandante **Liliana Escobar Escobar**, por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de **TRES MILLONES DE PESOS** (\$3'000.000) 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: MODÍFICASE la **Sentencia No. 100 del 14 de mayo de 2021**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, en el sentido de:

“ORDENAR trasladar a las AFPS demandadas Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, una vez ejecutoriada la providencia la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con 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, debidamente indexados, deben ser entregados al RPM administrado por COLPENSIONES.”

SEGUNDO: CONFÍRMASE, en todo lo demás, la **Sentencia No. 100 del 14 de mayo 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 la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Protección S.A.**, a favor de la demandante **Liana Escobar Escobar**, por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000) m/cte., como agencias en derecho, a sufragarse por cada una ellas.

CUARTO: 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.

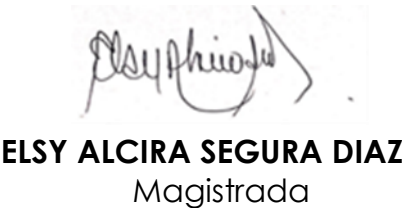
COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente



CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada