



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	ALBA LUZ RINCON
Demandados	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Radicación	760013105007202100066 01
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	<p><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.</p> <p>Respecto al <u>traslado de los aportes y rendimientos financieros</u>, así como los <u>gastos de administración</u>, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P. CLARA CECILIA DUEÑAS.</p> <p>Las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber que de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retractarse; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado.</p> <p><u>Prescripción de la nulidad de traslado de régimen:</u> 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, así como los derechos que emanen de tal declaratoria.</p> <p>El enriquecimiento sin justa causa no opera en los procesos de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional.</p>

	<p>Procede la condena en costas a Porvenir S.A. y Protección S.A. 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.</p>
--	--

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 procede a **resolver los recursos de apelación** formulados por las **demandadas Protección S.A., y Porvenir S.A.**, y surtir el Grado Jurisdiccional de **Consulta** a favor de Colpensiones, respecto de la **Sentencia No. 85 del 19 de abril de 2021**, proferida por el **Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali**.

Alegatos de Conclusión

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

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

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

SENTENCIA No. 079

Antecedentes

ALBA LUZ RINCÓN, presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, las **AFPS PROTECCIÓN S.A**, **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, 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 8 de mayo de 1965.

Que, el 21 de septiembre de 1995, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) del I.S.S. al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), más concretamente a la Davivir hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Afirmó que, el 7 de enero de 1999, se trasladó de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a Horizonte Pensiones y Cesantías Hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., mediante formulario de afiliación convencida que no tendría ninguna incidencia en su futuro pensional.

Que, el 26 de marzo de 2009, se trasladó de la Sociedad Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a Citi-Colfondos hoy Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, mediante formulario de afiliación convencida que no tendría ninguna incidencia en su futuro pensional.

Que, antes de cumplir los 47 años (8 de mayo de 2012), no recibió por parte de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías., asesoría profesional respecto de la posibilidad de regresar de nuevo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que, como consecuencia del anterior hecho, quedó inmersa dentro de la restricción de los 10 años para trasladarse de Régimen como lo dispone la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2003, faltando a su deber de asesoría por parte de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

Que, el 11 de marzo de 2013, se trasladó de Citi-fondos hoy Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a BBVA Horizonte, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., mediante formulario de afiliación convencida que no tendría ninguna incidencia en su futuro pensional.

Que, ésta situación es, sin lugar a duda, injusta, por tanto, luego de haber aportado al Sistema General de Pensiones por más de 23 años, estaría sin un ingreso digno para su vejez, con lo que, se afectaría ostensiblemente el derecho al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social integral, como lo ordena la Constitución Política.

Que, al momento de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no fue asesorada sobre los alcances negativos que le generaban el traslado de régimen pensional, con lo cual su consentimiento estuvo viciado.

Que, el 18 de diciembre de 2020, radicó formulario de afiliación ante Colpensiones, en el cual solicitó la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la entidad le negó la afiliación por estar a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez.

Que, el 18 de diciembre de 2020, radicó derecho de petición ante Colpensiones, en el cual solicitó la nulidad del traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la entidad el 21 de diciembre de 2020, negó el traslado argumentando que: “...no es procedente anular la afiliación, por cuanto el traslado fue realizado por la señora Alba Luz Rincón, ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen...”, por estar a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez, y por no contar con 15 años o más de servicios al 01 de abril de 1994.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones incoadas, por cuanto, no existió omisión por parte de la entidad al momento de entregar a la señora Alba Luz Rincón la información que la misma 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 vicio 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; e Innominada o genérica.**

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, contestó la demanda, oponiéndose a la pretensión principal, aduciendo que, Colpensiones no puede ordenar traslado de régimen alguno de un afiliado cuando faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, dado que es una prohibición legal, por ende, debe mediar una orden judicial. Propuso las excepciones de mérito denominadas: **Inexistencia de la obligación; Innominada; Buena fe y Prescripción.**

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, debido a que, no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente la pretensión. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Inexistencia de la obligación; Falta de legitimación en la causa por pasiva; Buena fe; Innominada o genérica; Ausencia de vicios del consentimiento; Validez de la afiliación al RAIS; Ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; Compensación y pago.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, al contestar la demanda, se opuso 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 ING –hoy Protección S.A., en el año de 1995, como se observa en el certificado de ASOFONDOS. Posteriormente, en el año 1999 reitera su voluntad de permanecer en el RAIS y se vincula con Horizonte S.A – Hoy Porvenir S.A, producto de una decisión libre e informada. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Prescripción; Buena fe; Inexistencia de la obligación; Compensación y Genérica.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 085 del 19 de abril de 2021**; declarando no probadas las excepciones

propuestas por las demandadas; declarando la ineficacia de la afiliación efectuada por la señora Alba Luz Rincón identificada con la CC. No. 36.184.338 al fondo DAVIVIR hoy PROTECCION S.A., 76001310500720210006600 posterior traslado al fondo Horizonte hoy Porvenir S.A., seguidamente al fondo Colfondos S.A. y finalmente al fondo Horizonte hoy Porvenir S.A. En consecuencia, declarando que para todos los efectos legales la actora 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, como secuela obligada de la anterior determinación, la demandante, deberá ser admitida nuevamente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo; ordenando a Protección SA, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., devolver, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio; las COSTAS a cargo de Porvenir S.A., fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV; las COSTAS estuvieron a cargo de Protección S.A., fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. las COSTAS estuvieron a cargo de Colfondos SA, fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

Recursos de Apelación

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

Protección S.A., afirmó que, en el caso de la demandante efectivamente la entidad le entregó toda la información que requería para que tomara una decisión libre, espontánea y libre de toda coacción frente a su afiliación al RAIS proveniente del RPMPD.

Mencionó que, en éste caso existen unos traslados horizontales de diferentes fondos de pensiones que, lo que hacen es mostrar la intención de la demandante de permanecer en el RAIS, en tal sentido existe una sentencia reciente del año 2020 proferida por la CSJ bajo el número SL 3752 de 2020 del 15 de septiembre, siendo M.P. la Dr. Ana María Muñoz Segura, en la cual hace referencia específica a los actos de relacionamiento indicando la siguiente pregunta:

¿los actos de relacionamiento, entre ellos el traslado entre administradoras de régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera Horizontal, reflejan una real intención de permanecer los afiliados en el mismo? la respuesta es sí, la Corte precisó que, existe en un cierto tipo de comportamiento que forja el convencimiento del actor que refleja una intención plena de permanecer en el fondo o de conocer las circunstancias que los rodean, indicó que:

“Se tiene que los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual, es decir, los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento, lo cual, permite suponer que el afiliado o la afiliada desea continuar en dicho régimen, aunque la asesoría y beneficios que le pudiere proveer otra administradora de pensiones.”.

A su vez, estableció que, hay otros actos que podrían entenderse como actos o comportamientos de relacionamiento los cuales son: presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, acción y cambio de claves, que, en este caso, como se encuentra probado en el proceso existían unos diferentes traslados entre administradoras, se estaría dando aplicación específica a la sentencia referida. En ese sentido, se opuso a que, se declaren no probadas las excepciones formuladas por

los fondos de pensiones y se opuso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

A su vez, se opuso a que la entidad devuelva los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, cotizaciones, sumas adicionales, frutos o intereses, rendimientos y gastos de administración más el porcentaje de garantía de pensión mínima, así, como la condena en costas por el monto de dos salarios mínimos, legales, mensuales, vigentes, pues durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a Protección S.A., la entidad administró los dineros que la misma ha depositado en su cuenta de ahorro individual gestión realizada con la mayor diligencia y cuidado con la entidad que es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de la propiedad de sus afiliados.

Que, la entidad, para éste caso, actuó de manera diligente y prudente, por lo cual, la afiliación debe considerarse válida, y en el evento en que se mantenga incólume la sentencia proferida es importante hacer claridad sobre el papel que implica la ineficacia de la afiliación y la imposibilidad de devolver, por parte de los fondos, la comisión de administración, como los demás emolumentos mencionados, por tanto, los ítems se encuentran autorizados para su descuento en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 mod. por la Ley 797 de 2003, que opera, tanto para el Régimen de Prima Media como para el Régimen de Ahorro Individual.

Adicionalmente, no es procedente la devolución de bonos pensionales, porque los fondos de pensiones no expiden ni pagan bonos pensionales, luego, ello le corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la oficina de bonos pensionales, y, también indicó que, la demandante no se encuentra vinculada a Protección, por lo cual, todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual y rendimientos financieros fueron trasladados al fondo siguiente, por lo tanto, no es procedente que se condene a la entidad frente a ninguno de los ítems mencionados.

Frente a los descuentos realizados conforme a la Ley, mencionó que, existe una buena gestión de administración y ello trae por consiguiente que haya que referirse al art. 1746 del C.C. que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad:

"...la nulidad pronunciada en sentencia tiene fuerza de cosa juzgada a las partes derecho para ser restituidas al mismo que sería si no hubiera existido el acto o contrato nulo sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa lícita en las decisiones que haya de hacer los contratantes en virtud del pronunciamiento será cada cual responsable de la pérdida de las especies de su deterioro de los intereses y frutos y el abono de mejoras necesarias, útiles o voluntarias tomándose en consideración de los casos fortuitos y la posición de buena o mala fe de las demandantes..."

En ese orden, indicó que, si la consecuencia de la ineficacia 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 permitió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión por administración, sin embargo el artículo 1746 del C.C. habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que, aunque se declare la ineficacia 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 que obtuvo la afiliada sobre el fruto o mejora de la AFP sobre los gastos de administración, la cual, debe conservarse en el patrimonio de la afiliada.

En lo que respecta a la orden impartida por el despacho referente a la devolución de lo pagado por concepto de seguro previsional al RPM, indicó que, dichos emolumentos también se encuentran autorizados para su descuento por parte de los fondos de pensiones en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y, el seguro previsional lo que hace es cubrir las contingencias o siniestros de invalidez, situaciones que nada tienen que ver con la pensión de vejez. Que, las sumas son pagadas a un tercero de buena fe, que son aseguradoras autorizadas por la Superintendencia Financiera para expedir dichas pólizas previsionales, mencionó que, en el

artículo 108 de la Ley 100 de 1993 se señalan las reglas y condiciones generales bajo las cuales debe operar el seguro por contrato, con las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

Que, el gobierno nacional a través de los Decretos 876 y 1161 de 1994, fijaron las reglas aplicables a particulares beneficiarios del seguro de invalidez y sobrevivencia respecto de las cuales la Superintendencia Financiera impartió instrucciones a través del capítulo segundo numeral 3.2. de la circular externa básica jurídica 07 del año 1996, por lo que, del contexto de las normas enunciadas se infiere que, la prestación a cargo de las aseguradoras del Régimen de Ahorro Individual, constituye un componente a las pensiones de invalidez o sobrevivencia en la medida en que, se concreta el pago de suma adicional referida para completar el capital que financie el monto de pensión, por éstos conceptos y para que la aseguradora pague dicha suma adicional mes a mes la administradora de fondo de pensiones paga un seguro previsional, proveniente del IBC de los afiliados al Sistema General de Pensiones. En ese sentido indicó que, la entidad no ha percibido ninguna valorización por concepto de suma adicional no ha recibido en su patrimonio ningún beneficio por lo cual, ordenar que el reintegro de dichos valores afecta de manera directa a Protección y a un tercero de buena fe.

Finalmente, respecto de las costas y agencias en derecho por dos salarios mínimos también se opuso a las mismas, precisando que, si bien, fue vencida en juicio, dichas condenas se profieren conforme a una elaboración Jurisprudencial, pero ello no indica que, el resultado hubiere sido de mala fe o se hubiera extralimitado frente a la normatividad existente al momento de la afiliación de la demandante con Protección S.A.

Porvenir S.A., solicitó que, se revoquen los numerales segundo, cuarto, y quinto, éste último respecto de la condena en costas de la sentencia impuestas a la entidad, aduciendo que, tal y como se indicó al momento

de los alegatos de conclusión, si bien es cierto la interpretación del presente proceso fue avocada por los vicios del consentimiento para poder arribar a una ineficacia de la afiliación, lo cierto es que no quedó probado el error, ni la fuerza o dolo a voces del artículo 1508 del C.C.

Que, bajo las premisas contempladas del juez de primera instancia, para el caso que nos ocupa, se debe tener en cuenta que, lo que no se pudo probar es lo indefinido, pero esa afirmación indefinida puede probarse con las pretensiones e indicios, por lo anterior, la imposibilidad de no suministrar la prueba debe ser verificada con mayor rigurosidad, debiendo tener el Juez de Primera Instancia, cuidado de no confundirla con la simple dificultad, situación de la cual se apartó, por cuanto, de la mera simpleza de manifestar que la entidad no probó como le fueron explicados todas las implicaciones del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, lo cierto es que, dejó pasar por alto los mecanismos de carácter legal que tenía la parte demandante para poder solicitar su regreso o devolución al Regimen de Prima Media, tal es el caso que, la parte demandante no hizo uso de su derecho de retracto a la afiliación conforme a las voces del artículo tercero del Decreto 1161 de 1994 y tampoco manifestó su deseo de regresar al Régimen de Prima Media, conforme el artículo 1° del Decreto 3800 del 2003, razón por la cual, debió de haber quedado probado todo lo pertinente, en relación a la intención de permanencia de la parte demandante en el Régimen de Ahorro Individual.

Manifestó que, bajo la parte considerativa invocada en la sentencia motivo de alzada no se le puede imponer a la entidad exigencias que van más allá de la Ley 100 de 1993, en relación a que, a la fecha de la afiliación que hizo la parte demandante frente a la entidad quedó probado en el respectivo formulario de afiliación, la asesoría que se le prestó, sin tener que exigirle en el momento, aportar, de manera documental, algún tipo de probanza, en la cual, se hubiese verificado tal hecho.

Insistió en que, dentro de esta clase de procesos debe darse aplicación a la prescripción, teniendo en cuenta que, la acción versa no solo sobre la decisión de un derecho pensional, sino que está encaminada a obtener la nulidad de la afiliación al sistema pensional, con el propósito de obtener, no el derecho al mismo, sino un posible mayor valor de la mesada pensional, razón por la cual no puede afirmarse que, ésta sea imprescriptible.

Que, de igual manera, debe tenerse en cuenta que, los gastos de administración o los rubros que van más allá de la ineficacia de la afiliación no forman parte, no son base de la financiación de la pensión de vejez e invalidez con base en la Ley 100 de 1993. Afirmó que, en caso que se ordene a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones lo descontado por la comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de la parte demandante, porque, estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de la entidad sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, en detrimento del patrimonio de la entidad, vulnerándose el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las dos partes del contrato, no obstante, solicitó que, se declare probada la excepción de compensación, teniendo en cuenta que, si se declara la ineficacia de la afiliación, todo vuelve al estado original a la afiliación al Régimen de Prima Media, razón por la cual, los rendimientos que se hayan generado en favor de la parte actora, son en compensación con los gastos de administración que se le ha encomendado a la entidad teniendo en cuenta que siempre actuó bajo la Constitución.

Manifestó que, de no tenerse en cuenta lo indicado con anterioridad, se verifique la excepción de prescripción que recae en el numeral cuarto de la sentencia e igualmente, respecto de la condena en costas a cargo de la entidad.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión, resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las **demandadas Porvenir S.A. y Protección 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 **Davivir-ING** hoy **Protección S.A.**, el 21 de septiembre de 1995, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de octubre de 1995 (pág. 5 expediente digital, 04 Anexos 202100066); **(ii)** posteriormente, la **demandante**, diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado ante **Horizonte S.A.**, el 7 de enero de 1999 (pág. 6 expediente digital, 04 Anexos 202100066); **(iii)** luego, la **demandante**, diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado ante **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, el 26 de marzo de 2009, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de mayo de 2009. (pág. 7 expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 Anexos 202100066); **(iv)** ulteriormente, la **demandante**, diligenció formulario de solicitud de

² “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.”.

vinculación o traslado ante **Horizonte**, el 11 de marzo de 2013, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de mayo de 2013 (pág. 8 expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 Anexos 202100066).; **(v)** luego, entre las administradoras de fondos demandadas **Horizonte** y **Porvenir S.A.**, hubo una cesión por fusión, en consecuencia, la demandante quedó trasladada a la última administradora referida. (pág. 64 expediente digital, cuaderno del juzgado, 07 Contestación Demanda Porvenir 202100066); **(vi)** la **demandante**, el 18 de diciembre de 2020, diligenció formulario de afiliación al Sistema General de Pensiones, solicitando el traslado de régimen pensional e igualmente presentó reclamación administrativa y la entidad a través de Resoluciones 2020_12995161-25589447 del 18 de diciembre de 2020 y BZ2020_130565392728778 del 21 de diciembre de 2020, negó la petición. (págs. 28 al 31 y expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 Expediente Digital 00420180051100); y, **(vii)** la **demandante**, presentó derecho de petición ante **Colfondos Pensiones y Cesantías**³, solicitando el traslado de régimen pensional y la entidad a través de comunicado del 30 de diciembre de 2020, negó la solicitud. (págs. 34 al 36, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 Expediente Digital 00420180051100).

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)** la AFP Protección S.A., entregó toda la información para tomar una decisión libre y espontánea

³ No se lee la fecha exacta.

libre de toda coacción, y, actuó de manera diligente y prudente; **(b)** la demandante, realizó traslados horizontales que muestran la intención de la demandante de pertenecer al RAIS; **(c)** no se probaron vicios del consentimiento al momento de la afiliación; **(d)** la demandante, no hizo uso del derecho al retracto; **(e)** opera el fenómeno prescriptivo; **(f)** opera la compensación; **(iii)** el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual, cotizaciones, sumas adicionales, frutos o intereses, rendimientos y gastos de admiración, porcentaje de garantía de pensión mínima, bono pensional, seguro previsional y sumas adicionales; **(iv)** el traslado de gastos de administración por cuanto genera enriquecimiento sin justa causa; **(v)** la condena en costas a **Porvenir S.A.** y **Protección 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 **21 de septiembre de 1995**, que, da cuenta que la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con **Davivir- ING hoy Protección S.A.** (pág. 5 expediente digital, 04 Anexos 202100066). El documento fue suscrito por la demandante, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **Alba Luz Rincón** se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Posteriormente, la demandante, se afilió a **Horizonte S.A. Pensiones y Cesantías**, como traslado entre AFP'S, el 7 de enero de 1999; de ahí se trasladó al fondo **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, en fecha de 26 de marzo de 2009, ulteriormente, se trasladó al fondo **Horizonte**, en fecha de 11 de marzo de 2013, luego, entre las administradoras de fondos demandadas **Horizonte** y **Porvenir S.A.**, hubo una cesión por fusión, en consecuencia, la demandante quedó trasladada a la última administradora referida. (págs. 6, 7, 8, 64, expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 Anexos 202100066)

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 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 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 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*, Protección S.A. y Porvenir S.A. ejerció oposición en el desarrollo del proceso y finalmente fueron derrotadas 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 Protección S.A. y Porvenir S.A.

En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **Protección S.A.** y **Porvenir S.A.**, y a favor de la **Alba Luz Rincón**, 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: CONFÍRMASE la **Sentencia No. 085 del 19 de abril de 2021**, proferida por el **Juzgado Séptimo 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 Porvenir S.A.**, a favor de la **demandante Alba Luz Rincón**, 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.

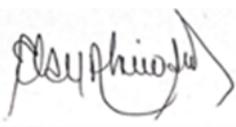
TERCERO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado que dictó la sentencia de primera instancia.

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