



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	GILDARDO SCARPETTA CALERO
Demandados	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Radicación	760013105007202100237 01
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	<i>Deber de información:</i> En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. Respecto al <u>traslado de los aportes, rendimientos financieros, primas de seguros previsionales, bonos pensionales, así como los gastos de administración</u>, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al RAIS, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P. CLARA CECILIA DUEÑAS. <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. La declaratoria de ineficacia conlleva la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, incluidos los valores que cobró el fondo privado a título de gastos de administración y comisiones, debidamente indexados, durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS. El enriquecimiento sin justa causa no opera en el

	presente proceso.
--	-------------------

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 **Protección S.A.** y **Porvenir S.A.**, y surtir el Grado Jurisdiccional de **Consulta** a favor de Colpensiones, respecto de la **Sentencia No. 150 del 21 de julio de 2021**, proferida por el **Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali**.

Alegatos de Conclusión

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

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

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 22

SENTENCIA No. 081

Antecedentes

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

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, el demandante señaló que, nació el 25 de febrero de 1964.

Que, estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales (ISS) hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, hasta 1994.

Que, a partir del 11 de julio de 1994 fue trasladado de fondo y de Régimen pensional, más concretamente a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Que, al momento del traslado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., no se le suministró información clara, oportuna, completa ni veraz.

Que, el 7 de julio de 1999, fue trasladado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Afirmó que, el 12 de junio de 2000, fue trasladado nuevamente de fondo de pensión, ésta vez de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Que, ninguno de los fondos privados AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al igual que, el fondo privado Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., al momento de la afiliación y de los traslados respectivos, no le hicieron, una comparación entre la pensión de Prima Media y una de ahorro individual.

Que, el 16 de marzo de 2021, presentó solicitud de traslado o retorno a Colpensiones y la entidad negó la petición aduciendo que, no es posible dar trámite a la solicitud, por cuanto, la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, aduciendo que, la selección de uno cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, razón por la cual al momento de efectuarse el traslado del RPM al RAIS era una decisión en la cual el extinto ISS hoy Colpensiones no podía inferir y además de ello, 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. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Inexistencia de la obligación; La Innominada; Buena fe; y Prescripción.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones alegando que, la afiliación o vinculación del demandante se realizó con el lleno de los

requisitos legales ante Porvenir S.A., y Protección S.A., Por ende, la afiliación del demandante se diligenció de manera libre, espontánea y sin presiones y dentro de las oportunidades legales, no manifestó su deseo de retractarse del mismo. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: Validez de la afiliación del actor a Protección S.A.; Ratificación de la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; Prescripción; Compensación; Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; Buena fe de la entidad demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; y la innominada o genérica.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones incoadas por la parte actora, por cuanto, el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten lo manifestado. Al encontrarse válidamente afiliado en el R.A.I.S., sin que logre demostrar la causal de nulidad que invalide lo actuado, no hay lugar a decretarse la misma. En ese sentido, la entidad no incumplió con ningún deber profesional. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Prescripción; Prescripción de la acción de nulidad; Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 150 del 21 de julio de 2021**; declarando no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declarando la ineficacia de la afiliación efectuada por el señor Gildardo Scarpetta Calero identificado con la CC. No. 14.886.092 al fondo Porvenir S.A. y Protección S.A.; declarando que para todos los efectos legales el actor 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; en consecuencia, el demandante, deberá ser admitido 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 y Porvenir SA, a devolver, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, 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 estuvieron a cargo de Protección S.A.; fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV; las COSTAS estuvieron a cargo de Porvenir S.A.; fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV; Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

Recursos de Apelación

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

Protección S.A. interpuso recurso de apelación respecto del numeral en el que se ordena a la entidad a realizar la devolución de gastos de administración, prima de seguros y sumas adicionales de la aseguradora.

Respecto a los gastos de administración, indicó que, de cada aporte realizado por el demandante al Sistema General de Pensiones el 3% fue destinado para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional de la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la Ley en el tiempo en que el demandante ha estado afiliado con la entidad el fondo de pensiones ha administrado

los dineros que, la misma ha depositado en su cuenta de ahorro individual gestión que ha realizado con la mayor diligencia y cuidado.

Manifestó que, la gestión de administración se ha visto evidenciada con los buenos rendimientos financieros que genera la cuenta de ahorro del demandante, por lo tanto, no es procedente ordenar los gastos de administración teniendo en cuenta que, se encuentran debidamente autorizados por la Ley como una contraprestación a una buena gestión de administración y también porque son gastos de administración causados.

Respecto de la condena de sumas adicionales de la aseguradora manifestó que, las mismas no son procedentes teniendo en cuenta que éstos dineros fueron pagados a las aseguradoras que cubren las contingencias de invalidez y sobrevivencia según lo establecido en la Ley 100 de 1993; precisó que, la Ley 797 del 2003 en su artículo 7 establece que, el 3% BC se destina a pagar los gastos de administración las primas de seguro de fogafin y las primas de invalidez y sobrevivencia.

Que, es claro entonces que una parte de la cotización ha sido destinada por Ley los servicios que proveen los tres agentes económicos diferentes entre ellas las administradoras de fondos de pensiones que son de naturaleza fiduciaria que son el objeto social exclusivo elegido por el afiliado para que gestionar su ahorro a este fondo pensional.

Indicó que, Protección S.A. siempre ha cumplido con todas las obligaciones de carácter legal, se evidencia que las solicitudes de nulidad surgieron a partir del momento en que la accionante se encuentra cerca al cumplimiento del requisito de pensión de vejez.

Indicó que, el demandante nunca manifestó su deseo de retornar Colpensiones y de conformidad con la consecuencia jurídica de la ineficacia, entender que, el vínculo nunca existió, es decir, que el demandante nunca estuvo afiliado en el Regimen de Ahorro Individual

con Solidaridad significaría entonces que los aportes nunca fueron a una cuenta de ahorro individual administrado por la entidad frente a los cuales se generaron unos rendimientos, por lo tanto, al no existir la afiliación no se debería devolver tal suma por concepto de rendimientos.

De otra parte, solicitó que, se absuelva de la condena de gastos de administración, por cuanto, la entidad no ha faltado a ningún deber legal, por lo tanto, estaría imponiendo a la entidad de manera injustificada devolver tal suma por concepto de gastos de administración teniendo en cuenta que la suma se encuentra anteriormente causada y utilizada para la gestión de los recursos que el demandante tiene en su cuenta de ahorro individual.

Que, al hacer la devolución de gastos de administración se estaría generando un detrimento patrimonial a la entidad y generando un enriquecimiento sin justa causa a cargo de Colpensiones, que, si bien es cierto durante el tiempo en que se ha administrado los recursos del demandante, se ha generado unos rendimientos pero no es procedente que se devuelva la suma para Colpensiones, tampoco que se devuelvan tales sumas de manera indexada, por cuanto, significaría un recobro al ordenarse a Protección no solo devolver los rendimientos sino también los gastos de administración.

En cuanto a la condena en costas pronunció que, la entidad siempre ha actuado de buena fe y con estricta sujeción a la Ley.

Porvenir S.A., manifestó que, la entidad obró conforme al marco legal que regulaba el deber de información y que se encontraba previsto en el momento de la afiliación al demandante que, la entidad a través de sus asesores altamente calificados entregó información clara, completa, veraz y ostensible sobre cada una de las condiciones, características y limitaciones del régimen por él válidamente seleccionado.

Que, a partir de la información indicada, se le permitió al demandante tomar la decisión libre y voluntaria de afiliarse al régimen sin que pudiera aplicarse de manera retroactiva, deber de información que hoy por hoy se les exige a las administradoras y que la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, el deber de información no ha sido estático sino por el contrario es objeto de múltiples desarrollos normativos y jurisprudenciales en virtud de los cuales hoy por hoy se exige a las AFP el cumplimiento de un deber de información muy diferente al que se le exigía al momento de la afiliación del demandante.

Afirmó que, se debe tenerse en cuenta que, en el presente caso el demandante realizó múltiples traslados que si bien no sanean la voluntad o la nulidad que se hubiese presentado en la afiliación si pueden utilizarse como actos de relacionamiento en virtud de los cuales se permite presuponer que, el afiliado conoce las características y condiciones del régimen por él válidamente seleccionado y además se constituye como una determinación o una expresión más de su voluntad de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que, no podría eximirse al afiliado de su deber que le asiste de concurrir suficientemente informado al acto de afiliación o bien realizarle preguntas al asesor o utilizar cualquiera de los canales de comunicación que tenía a su disposición para solicitar que le fueran aclaradas cualquier duda o inquietud que le surgieron a través del traslado que hizo y por el contrario el demandante se ha mantenido afiliado en el Régimen y ha realizado múltiples traslados horizontales entre AFP y solamente cuando éste se encuentre inmerso en la prohibición de traslado y cuando está a portas de consolidar su derecho pensional y pesar de haber tenido múltiples oportunidades para retornar al Régimen de Prima Media es que se interesa en un asunto que es tan importante como lo es su futuro pensional con lo que deja en total abandono el asunto siendo su responsabilidad actuar con debida diligencia y cuidado que se le exige como consumidor financiero que es.

Que, la consecuencia de lo anterior es que la afiliación realizada a Porvenir por el demandante tuvo plenos efectos jurídicos y se ajustó a la normatividad vigente al momento en que el traslado se efectuó, que debe tenerse en cuenta que, la entidad en cumplimiento del traslado horizontal que realizó el demandante a la AFP Protección S.A. en el año 2000 trasladó todos los dineros que se encontraban en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, por lo que, no quedó suma pendiente por trasladar y por lo tanto se opuso a la condena impuesta a la entidad con relación a la devolución de los rendimientos y de los aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante, toda vez que, estas sumas son inexistentes como quiera que, se trasladaron a Protección S.A. oportunamente.

Se opuso a la condena impuesta por la entidad con relación a la devolución de los gastos de administración, toda vez que, en primer lugar, esa condena no es acorde con los artículos 1746 y 1747 del C.C., como quiera que, no corresponde con lo ahí dispuesto con las restituciones mutuas cuando un acto jurídico es declarado nulo, por lo que, no puede obligársele a la entidad a devolver un bien, esto es, los aportes y rendimientos y al mismo tiempo obligándosele a devolver las sumas que, invirtió para mantenerlo e incrementarlo o lo que es lo mismo gastos de administración.

Que, los gastos, además de las primas de los seguros previsionales tienen una destinación específica que obedecen a la contraprestación de la correcta administración, generación de rentabilidad y seguridad en el caso de los gastos de administración y en el caso de las primas de los seguros previsionales, por tanto, obedecen a dar cobertura de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados que son unas coberturas que se brindaron al demandante gracias a éstos seguros que adquirió la entidad y por lo tanto ambas sumas fueron utilizadas para el fin para el que se encontraban previstas y no se encuentran en el patrimonio actual de la entidad.

En atención a la condena impuesta a la entidad Porvenir S.A. con relación a los bonos pensionales se debe tener en cuenta que, en el presente proceso no obró suma, mientras el demandante estuvo afiliado a Porvenir S.A. con relación a la redención del bono pensional, también es improcedente la condena impuesta a devolver esta suma.

En conclusión, si Porvenir S.A. no incurrió en ningún tipo de falta de derecho no tendría la entidad porque ver afectado su patrimonio o verse obligada a devolver no solamente los gastos de administración sino las sumas de los seguros previsionales si la entidad en ningún momento obró de mala fe o en desconocimiento de la normatividad vigente.

Frente a la orden de devolver los gastos de administración indexados debe tenerse en cuenta que, la orden es contraria al funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia sería una orden compuesta o múltiple para la entidad, como quiera que, se devolvieron los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual y en esos rendimientos estaría reconociéndose la debida indexación de los gastos de administración que fue ordenado a través de la orden del despacho.

Solicitó que, sea absuelta de las condenas impuestas y se acceda a las excepciones de mérito.

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)** El **demandante** se encontraba afiliado a **Colpensiones** y posteriormente diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado ante **Porvenir S.A.**, el 11 de julio de 1994, siendo fecha de inicio de efectividad, el 1 de agosto de 1994 (sin pág., expediente digital, cuaderno del juzgado, 10 Contestación Porvenir 202100 237); **(ii)** el **demandante**, diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado ante **Horizonte S.A. Pensiones y Cesantías**, el 7 de julio de 1999, siendo fecha de inicio de efectividad, el 1 de septiembre de 1999 (pág. 22, expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 anexos); **(iii)** el **demandante**, diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado ante **Protección S.A.**, el 6 de junio de 2000, siendo fecha de inicio de efectividad, el 1 de agosto del 2000 (pág. 23, expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 anexos); y, **(iv)** el **demandante**, el 16 de marzo de 2021, presentó reclamación administrativa ante **Colpensiones**, solicitando el traslado de régimen pensional y la entidad el 16 de marzo de 2021 a través de Resolución 2021_3080143-26380548 del 16 de marzo de 2021, negó la petición. (págs. 40 a 44., expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 anexos)

Problemas Jurídicos

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.”.

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si: **(i)** el traslado de régimen del **demandante** es inválido, habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliado en el **RAIS**; la posibilidad de retracto y la información sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de faltarle 10 años para pensionarse. Y en atención a los recursos de apelación se determinará si resulta procedente: **(ii)** la ineficacia del traslado de régimen pensional, como quiera que: **(a)** la administradora Porvenir S.A., obró conforme al marco legal vigente al momento de la afiliación del demandante; **(b)** el traslado del demandante fue libre y voluntario; **(c)** el afiliado tiene el deber de concurrir suficientemente informado al acto de afiliación; **(iii)** la devolución de aportes, gastos de administración, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales, primas de seguros previsionales; **(iv)** el traslado de los gastos de administración debidamente indexados; **(v)** declarar que el traslado de los gastos de administración genera un enriquecimiento sin causa al demandante; y, **(vi)** la condena en costas a las demandadas.

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 **11 de julio de 1994**, que da cuenta que el demandante fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con **Porvenir S.A.** (sin pág., expediente digital, cuaderno del juzgado, 10 Contestación Porvenir 202100 237). El documento fue suscrito por el demandante, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **GILDARDO SCARPETTA CALERO** se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Posteriormente, el **demandante** se afilió a **Horizonte S.A. Pensiones y Cesantías**, como traslado entre AFP'S, con fecha efectiva el 1 de septiembre de 1999 (pág. 22, expediente digital, cuaderno del juzgado,

04 anexos); luego, el **demandante**, diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado ante **Protección S.A.**, el 6 de junio de 2000, siendo fecha de inicio de efectividad, el 1 de agosto del 2000 (pág. 23, expediente digital, cuaderno del juzgado, 04 anexos).

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

En efecto, no se denota que las entidades de seguridad social demandadas le haya suministrado al 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, tal documento es precario para lograr el cometido pretendido por los fondos privados, pues, no se puede predicar que el 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 al demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando al afiliado le falta menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que, sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689**, todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

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

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

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

Además, recuerda también la Corte que, la ineficacia ocasionada al momento de traslado de régimen no se convalida con los sucesivos

traslados de fondos estando en el interior del mismo régimen **o su permanencia en éste por un periodo considerable.**

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

Considera ésta Sala, entonces que, es dable ordenar a **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, que proceda a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, 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 del **demandante** ni de Colpensiones.

Es preciso reiterar que, les corresponde a las **Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Porvenir S.A.** devolver con cargo a sus propios recursos de los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración, el bono pensional o los títulos

valores representativos del capital correspondiente a los tiempos de aportación previa al ISS, la indexación de los gastos de administración y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante, que deberán trasladarse sin descontar valor alguno por concepto de comisiones, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS.

Respecto del ítem de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones S.A., en el que pretende que no se realice la devolución de los gastos de administración del RAIS, al RPM debidamente indexados, se tiene que, en el momento en el que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad 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, conlleva a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, incluidos los valores que cobró el fondo privado a título de gastos de administración, comisiones, debidamente indexados, durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, como quiera que tales montos deben mantener su poder adquisitivo inicial. En consecuencia, la decisión se confirmará en tal sentido.

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

En razón a lo vertido, y sin necesidad de más consideraciones, se confirmará en lo demás la Sentencia apelada y consultada en lo atinente al traslado, pues la conclusión vertida de dejar sin validez el traslado del demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que 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, **Porvenir S.A.** y **Protección S.A.** ejercieron 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 las administradoras demandadas.

En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **Porvenir S.A.** y **Protección S.A.**, a favor del demandante **GILDARDO SCARPETTA CALERO**, 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

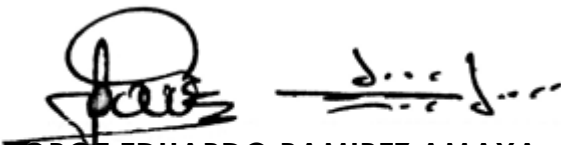
PRIMERO: CONFÍRMASE la **Sentencia No. 150 del 21 de julio de 2021**, proferida por el **Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: En la presente instancia las **Costas** estarán a cargo de **Protección S.A.** y **Porvenir S.A.**, a favor del demandante **GILDARDO SCARPETTA CALERO**, por no haber salido adelante 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.

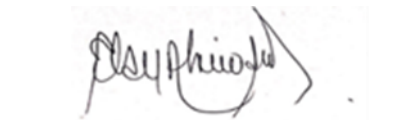
COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente



CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada