



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	RODOLFO GOMEZ CONCHA
Demandados	COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.,
Radicación	760013105017202000314 01
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	<p>Deber de información: En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.</p> <p>Las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado toda la información respecto de los aspectos positivos y negativos del traslado de régimen sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse.</p> <p>Respecto al <u>traslado de los aportes y rendimientos financieros</u>, 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.</p> <p>La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional no vulnera el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, debido a que, los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.</p> <p>Traslados de administradoras dentro del RAIS: La</p>

	<p>actuación viciada del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, <u>no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.</u></p> <p>Procede la condena en costas, en primera y segunda instancia, en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, cuando la parte ejerce oposición y resulta vencida en juicio.</p>
--	---

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de Agosto 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, en Segunda Instancia, conforme los lineamientos definidos en el **numeral 1º del Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022**, en el proceso de la referencia.

En el acto, se proceden a **resolver los recursos de apelación** formulados por las **demandadas Proteccion S.A. y Porvenir S.A.**, contra la **Sentencia 167 del 08 de noviembre de 2021**, proferida por el **Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el **grado jurisdiccional de consulta** de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por la **demandada 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. 272

Antecedentes

RODOLFO GOMEZ CONCHA presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, la

Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. y la **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, con el fin que se declare **la nulidad o ineficacia** de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, el actor señaló que, estuvo afiliado y realizó cotizaciones al Sistema General de Pensiones administrado para la época por el Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy Colpensiones, desde el 08 de agosto de 1980.

Que, en enero de 1995, el actor se vinculó al RAIS con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A, decisión que tomó basada por la asesoría brindada que no fue completa; pero no le informaron sobre las ventajas y desventajas del traslado, ni se le entregaron proyecciones o cálculos entre ambos regímenes.

Que finalmente, en el mes de enero de 2010, se traslado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., permaneciendo en el RAIS, decisión que tomo sin haber recibido una información completa y clara.

Que, el 30 de julio de 2020, radicó ante la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, solicitud de traslado al RPM; sin embargo, en respuesta por parte de la última, se le indicó que no era procedente tal petición por que la solicitud de afiliación se realizo de forma directa y voluntaria, ejerciendo así su derecho a la libre elección de régimen.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de esta acción, y propuso las excepciones de

fondo: **Falta de legitimación en la causa por pasiva, Inexistencia de la obligación, Ausencia de vicios en el consentimiento del traslado, Buena fe de la entidad demandada, Prescripción trienal, Prescripción de la acción, Inoponibilidad por ser tercero de buena – inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones y Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.** se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Válidez de la afiliación a Protección S.A., Válidez del traslado de régimen del RPM al RAIS, Buena fe, Inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, 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, Compensación e Innominada o genérica.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias 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 Diecisiete Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia 167 del 08 de noviembre de 2021**; declarando no probadas las excepciones de fondo formuladas por las demandadas, igualmente la ineficacia de la afiliación del demandante, señor RODOLFO GOMEZ

CONCHA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenando a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y los gastos de administración, de la misma manera PROTECCION S.A., deberá trasladar la totalidad de los gastos de administración generados con la vinculación del actor. Ordenando a COLPENSIONES a aceptar el traslado del actor, junto con la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual. Finalmente, imponiendo costas a las demandadas.

Recursos de Apelación

La apoderada judicial de la **demandada Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.**, presentó **recurso de apelación**, señalando que, la entidad si cumplió con el deber de información tal y como estaba presvisto en el momento que se dio la vinculación del demandante con Horizonte hoy Porvenir, esto es para el año 2001, a través de los asesores le brindaron la información, clara, completa, veraz, suficiente y comprensible a cerca de las características, condiciones y limitaciones de ambos regímenes pensionales, lo que le permitió al actor tomar la decisión de vincularse a la entidad.

Además, el actor efectuó su traslado inicial del régimen en el año 1994 fue con Protección, era la AFP que inicialmente estaba obligada al cumplimiento del deber de información y Porvenir al verificar el cumplimiento de los requisitos previstos para efectuar la afiliación del demandante ante Horizonte hoy Porvenir no podía rehusarse a efectuar dicha afiliación, igualmente para esa fecha no tenía la obligación de dejar constancia escrita diferente al formulario de afiliación.

No esta de acuerdo con el A Quo en relación con que no se logró acreditar el cumplimiento del deber de información, imponiendo una

carga imposible de cumplir, toda vez que, para esa época, no tendría que dejar constancia escrita de la asesoría brindada, la única constancia que quedaba era el formulario de afiliación, poniendo a la entidad en una indefensión probatoria, tampoco estaba obligada a cumplir los demás estándares del deber de información, toda vez que, para esa época, no estaba vigente el deber del buen consejo, ni de llegar a desincentivar a los posibles afiliados de su determinación de afiliarse, solamente se encontraba vigente el deber de información con unos estandares normativos a los que rigen en la actualidad, con los cuales la demandada cumplió a cabalidad.

Indica que, el formulario de afiliación cumplió con el lleno de los requisitos previstos para la época, igualmente no podría eximirse al afiliado del deber que le asistía de concurrir suficientemente informado al acto de afiliación o realizarle preguntas al asesor o utilizar cualquiera de los canales previstos para solicitar le fueran aclaradas sus dudas con relación al traslado de régimen que se efectuó, simplemente manifestando que, en cabeza de la AFP existe un deber de información, máxime cuando todo el funcionamiento de ambos regímenes pensionales es de público conocimiento. La demandada cumplió a cabalidad con la carga informativa que le correspondía al momento en que se efectuó la afiliación del demandante.

Se debe tener en cuenta que, el actor realizó un traslado horizontal entre AFPs, en este acto, se puede establecer que, el demandante conocía las características, condiciones y limitaciones de ambos regímenes pensionales, además se constituyó como una expresión más de su voluntad y querer permanecer afiliado al RAIS, que no se podría aceptar que mediante esta acción judicial pretendiera remediar su descuido cuando por el contrario debió actuar diligentemente con el cuidado que les correspondía como consumidor financiero.

Es claro que, si producto de la ineficacia debe entenderse que las cosas deben retrotraerse al estado anterior en el que se encontraban antes de

haberse efectuado la afiliación, igualmente se debe entender que jamás se habrían generado unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual del demandante, toda vez que nunca habría hecho unos aportes a la cuenta de ahorro individual y por lo cual no habría contado con la administración diligente y juiciosa de la AFP, que le hubiese permitido generar rendimientos en su cuenta de ahorro individual, lo cual resulta improcedente devolver los rendimientos.

Respecto a los gastos de administración, es claro que, el acto de afiliación fue completamente válido porque se ciñó en la normatividad vigente en la que se fundó, esta condena no corresponde con la restitución de relaciones mutuas, cuando un acto jurídico es declarado nulo, por lo tanto, no se debe ordenar a devolver un bien y al mismo tiempo ordenársele devolver las sumas que invirtió para incrementarlo, esto es aportes y rendimientos, y por otro lado los gastos de administración. Estos gastos tuvieron una finalidad específica, que era la correcta administración, generación de rentabilidad y seguridad en los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, por lo que fueron sumas que se descontaron por mandato legal y que se emplearon para el fin que se encontraban previstas, por lo que, no se encuentran actualmente en el patrimonio de la AFP. Estas sumas no tienen la finalidad de financiar prestación económica alguna en favor del demandante y a cargo de la demandada, ni tampoco le pertenecieron a su patrimonio, igualmente en el RPM también se efectúan descuentos por concepto de gastos de administración, una condena en este sentido supondría un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandante y en detrimento del interés económico de la entidad.

Se debe tener en cuenta que, si la entidad no incurrió en ningún tipo de falta de derecho, no tendría por qué verse obligada a devolver los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del actor, ni mucho menos de su propio patrimonio los gastos de administración, máxime que en el tiempo de su afiliación la AFP siempre obró de buena fe, acatando la normatividad vigente al momento en que se efectuó la

afiliación.

En cuanto a la devolución del bono pensional no figura en la cuenta de ahorro individual ninguna suma por este concepto.

El apoderado judicial de la **demandada Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A.**, presentó igualmente, **recurso de apelación**, informando que el actor estuvo vinculado en RAIS, realizando traslados horizontales entre diferentes administradoras, lo cual refleja la voluntad del afiliado de permanecer en este régimen, de conocer las circunstancias que lo rodean, lo que conllevaría que en estos supuestos el acto no es ineficaz de pleno de derecho.

En lo atinente a los gastos de administración, son debidamente autorizados su descuento por la ley, durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a la AFP, la misma administro los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, gestión realizada con la mayor diligencia y cuidado, por ser una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados, dicha gestión de administración se vio evidenciada en los buenos rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorro individual del actor. No es procedente la devolución de los gastos de administración, por que son comisiones ya causados durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual, descuentos realizados conforme a la ley, como contraprestación a una buena gestión de administración como lo es legalmente permitido a cualquier entidad financiera, si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se debe enter que el contrato de afiliación nunca existió y por ende la AFP debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debe cobrar la comisión de administración. Aunque se declare la ineficacia, no se debe desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, producto de la buena gestión de la AFP son los rendimientos de la cuenta de

ahorro individual y el fruto o mejora de la administradora es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

De mantenerse la condena a la devolución de los gastos de administración, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor del actor, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena gestión de la AFP sin reconocer ni pagar ningún concepto por la gestión realizada en detrimento del patrimonio de la entidad.

En lo que respecta a las costas y agencias en derecho, si bien resulta que la demandada fue vencida en juicio, deriva de una constitución jurisprudencial posterior a la afiliación del actor en el RAIS, por lo cual es claro que la entidad actuaba conforma a los lineamientos establecidos, por tanto no existe un acto de mala fe, resulta excesivamente honeroso esta condena.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las demandadas **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A.** y la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.**, respecto de la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S., asume el conocimiento del asunto de referencia en el Grado Jurisdiccional de **Consulta**, ya que la condena se efectuó en contra de una entidad de derecho público en la que la Nación funge como garante, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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 actor **RODOLFO GOMEZ CONCHA** se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS**, hoy **COLPENSIONES**, en el 23 de noviembre de 1979 según resumen de semanas cotizadas (fl. 152 contestación Colpensiones); **(ii)** más adelante, el actor se traslado (fl. 41 contestación Protección), a partir del **1º de diciembre de 1994**, con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, y finalmente se traslado a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, el 1º de marzo de 2001 (fl. 27 contestación Porvenir); **(iii)** el 30 de julio de 2020, radicó ante Colpensiones solicitud de nulidad de afiliación y traslado de régimen, petición que fue negada (fls. 16 a 18 anexos demanda).

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si: **I)** el traslado de régimen del demandante es inválido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliado en el **RAIS**; e igualmente analizar si resulta procedente: **II)** la ineficacia del traslado de régimen pensional toda vez que, el actor no ejerció su derecho al retracto; **III)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que el actor se ha ratificado a través de la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad todos estos años; **IV)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, el actor se encuentra a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional; y, **V)** el traslado de los gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual del afiliado, del RAIS al RPMPD.

Análisis del Caso

Ineficacia de 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 inconveniencias 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, son 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 con lleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber 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 las personas afiliadas 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 a la persona interesada de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Tal razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a las personas afiliadas 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 (as) el derecho a retractarse...*” que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

La omisión, en tratándose de este aspecto, **acarrea la ineficacia de la selección o traslado**, 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 comercial 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, se puede extraer de las documentales aportadas que, a partir del mes del **1º de diciembre de 1994** (fl. 41 contestación Protección), el demandante fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, y que dentro del mismo régimen registra afiliación con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** (fl. 27 contestación Porvenir), con fecha de efectividad el 1º de marzo de 2001, donde se encuentra afiliado en la actualidad.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen o vinculación, las entidades Administradoras de Pensiones **PROTECCION 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 ella, al demandante.

No se denota que las entidades de Seguridad Social le hayan suministrado al demandante los datos y explicaciones del traslado respectivo; en efecto, brilla por su ausencia el acompañamiento desde la antesala de la afiliación, momento en el que debieron mostrarle los pros y contras de la decisión trascendental que iba a tomar; dicha gestión puede quedar en evidencia, por ejemplo, con las proyecciones matemáticas, que sustentan el valor de la mesada que hubiera tenido en ambos regímenes, entre otras.

La única prueba con la que 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**

AFILIACIÓN", 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 ignoraba la incidencia que aquella podía 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 que se le 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 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**.

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 **PROTECCION S.A.** y a **PORVENIR S.A.**, que procedan 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 debidamente indexados, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., en razón de lo cual se modificará la sentencia.

Adicionalmente, hace énfasis la Sala en que, el traslado de los gastos de administración no forma parte de los valores que conforman los ahorros de la cuenta individual del actor en el RAIS, sino a la administración que en el RPM le corresponde a COLPENSIONES, sin que esto genere un enriquecimiento sin causa en favor del **actor**, ni de **Colpensiones**.

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

En razón a lo vertido, y sin necesidad de más consideraciones, se confirmará en lo demás la Sentencia apelada y consultada en lo atinente al traslado, pues la conclusión vertida de dejar sin validez el traslado del demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que el demandante ha mantenido su afiliación a dicho régimen hoy administrado por Colpensiones, junto con los beneficios que sean aplicables a su caso.

Costas

En cuanto a la condena en **costas**, se tiene en cuenta que el artículo 365 del CGP, dispone que se condenará por dicho concepto a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; lo que descarta cualquier otro miramiento, referente a la buena o mala fe. Por lo cual, la condena impuesta en ese sentido en la decisión de primera instancia a las demandadas, se mantendrá al haber sido vencidas en juicio, siendo liberalidad juez, analizar en cada caso concreto las circunstancias de la misma, para imponer los montos a cada una de las condenadas, sin que necesariamente tengan que ser iguales para todas; razón por la que se confirmará lo relacionado a la condena en costas a las demandadas.

En ese orden, las **Costas** en esta instancia estarán a cargo de **PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.**, por no haber salido avantes en su

recurso 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 el numeral tercero de la **Sentencia 167 del 08 de noviembre de 2021**, proferida por el **Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali**, en el sentido de:

*“**TERCERO: ORDENAR** a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** y a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, que procedan a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de lo ahorrado por **RODOLFO GOMEZ CONCHA**, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración, 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.”*, confirmando el numeral en todo lo demás.

SEGUNDO: CONFÍRMASE, en todo lo demás, la **Sentencia 167 del 08 de noviembre de 2021**, proferida por el **Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

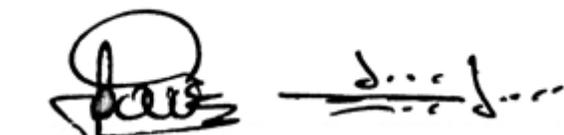
TERCERO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, y en favor del demandante **RODOLFO GOMEZ CONCHA**;

liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de esta instancia, la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000) m/cte., a sufragarse por cada una de 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.

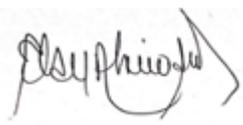
COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada