



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso:	Ordinario – Consulta de Sentencia
Demandante	María Yanela González Parra
Demandados	Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- EICE., Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y la Administradora del Fondo de Pensiones y cesantías PROTECCION S.A.
Radicación	76001310500620180008101
Tema	Nulidad de Traslado de Régimen.
Sub Temas	Deber de información: En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 073

En Santiago de Cali, a los nueve (9) días del mes de julio de 2020, siendo el día y hora previamente señalados, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio de las demás integrantes de la Sala de Decisión, se constituye en Audiencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO NO. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020**, artículo 15, 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 y PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de dictar Sentencia de Segunda Instancia en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a surtir el **Grado Jurisdiccional de Consulta** de la **Sentencia No. 249 del 6 de agosto del 2019**, proferida por el **Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali**, dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo establecido en el inciso 3 del artículo 69 del CPTSS.

Alegatos de Conclusión

La apoderada de la **demandante**, radicó escrito de alegatos, manifestando su ratificación en los hechos y pretensiones, considerando que debe declararse la nulidad del traslado de régimen al no haberse brindado por Porvenir la información suficiente y necesaria al momento de adoptar esa decisión.

El apoderado de la demandada **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, presentó escrito de alegatos señalando, en resumen, que no se demuestra que la demandante haya sido engañada al tomar la decisión de traslado, más aun, cuando ha permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad por muchos años, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración, afianzando su decisión de estar en este Régimen.

Surtido el trámite anterior, procede la Sala a proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 071

Antecedentes

Maria Yanela Gonzalez Parra presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, en adelante **COLPENSIONES**, la **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** en adelante **PORVENIR S.A.** y la **Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, en adelante **PROTECCION S.A.**, pretendiendo que se **declare la nulidad** de la afiliación, efectuada el 31 de mayo de 1995, al fondo de pensiones obligatorias administrado por la AFP Porvenir S.A.; como consecuencia de la nulidad de afiliación, en dicha data, se entienda sin solución de continuidad su afiliación al Sistema General de Pensiones realizado al entonces Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones; que se condene al traslado inmediato a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, del saldo de la cuenta de ahorro individual durante todo el tiempo que ha estado cotizando a la AFP Porvenir S.A. y a la AFP Protección S.A.; que se condene a Colpensiones a que de manera inmediata acepte el reingreso y/o traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin

solución de continuidad y, a que reciba los aportes que deberá trasladarle a la AFP Protección S.A.; a todo lo demás que ultra y extra petita quede demostrado en el desarrollo del proceso, y las costas procesales.

Demanda y Contestación

La accionante manifestó en la demanda los siguientes hechos, que serán detallados en forma resumida:

Que nació el 1 de agosto de 1960; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte a partir de 1981; que estando afiliada al Instituto de Seguros Sociales, fue expedida la Ley 100 de 1993, la que entró en vigencia para los trabajadores del sector privado el 1 de abril de 1994, fecha en la cual contaba con 34 años de edad y había cotizado un total de 678,43 semanas.

Indica que el 31 de mayo de 1995, suscribió el formulario de traslado y/o afiliación al fondo de pensiones obligatorias Porvenir S.A., proveniente del ISS, en atención a la oferta presentada por dicho fondo, quien se encontraba en busca de nuevos afiliados al Régimen de Ahorro Individual y teniendo como fundamento la asesoría brindada por uno de los ejecutivos comerciales de dicha entidad, la que se enfocó solo a resaltar las ventajas del régimen privado y los beneficios que tendría al estar afiliada al citado fondo de pensiones, por lo que la asesoría brindada se limitó a ofrecer las bondades del Régimen de Ahorro Individual, sin que se le realizara un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le traería trasladarse de régimen para ella y su núcleo familiar, como tampoco le informó sobre las características de los regímenes pensionales, ni la forma en como se accede a las prestaciones económicas de cada uno de ellos y sus principales diferencias.

Refiere que elevó ante el ISS hoy Colpensiones, solicitud de traslado de régimen, quien a través del comunicado No. 2017_1104148813073538 le informó que *"...no es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse..."*.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** contestó la demanda a través de apoderada judicial, manifestando en relación a los hechos que unos son ciertos, otros son parcialmente ciertos, y de otros que no le constan. Se opuso a todas las pretensiones incoadas en la demanda. Propuso como excepciones de fondo: **la innominada; Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; Buena fe** y la **de Prescripción**.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** contestó la demanda a través de apoderada judicial. Manifestando en relación a los hechos que unos son ciertos, otros que no le constan, y otros que no son ciertos y, que el hecho décimo octavo que no es un hecho. Se opuso a todas las pretensiones incoadas en el líbello de demanda. Propuso como excepciones de mérito: la de **Prescripción; Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; Buena fe; Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; Enriquecimiento sin causa** y la **innominada o genérica**.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** contestó la demanda a través de apoderada judicial. En lo concerniente a los hechos manifestó que unos no le constan, que el hecho décimo tercero no es cierto, y los de restantes no los considera como hechos. Se opuso a todas las pretensiones incoadas en el escrito de demanda. Propuso como excepciones de fondo: **Prescripción; Prescripción de la acción de nulidad; Inexistencia de la obligación, Cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda respecto de la nulidad pretendida; Validez del traslado de la actora al RAIS; Compensación; Buena fe de la entidad demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la innominada o genérica**.

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, profirió la **Sentencia No. 249 del 6 de agosto del 2019**, en la que: DECLARÓ la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la señora María Yanela González Parra, del Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en este caso administrado por Porvenir S.A. y Protección S.A., el cual tuvo lugar el 1 de junio del año 1995; ORDENÓ a

Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por la demandante con rendimientos; NO DIO PROSPERIDAD a las excepciones de fondo propuestas por las demandadas y finalmente se abstuvo de imponer condena en costas.

La A quo como sustento de su fallo, arguyó que, no se vislumbró en el plenario que a la accionante se le haya otorgado información detallada, completa, clara y comprensible para que la misma haya tomado la decisión consciente e informada de trasladarse de Régimen Pensional.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Una vez revisado el proceso, encontrando que 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, aunado a que por mandato del inciso 3° del artículo 69 del CPTSS, asume el conocimiento del asunto de referencia en el Grado Jurisdiccional de consulta.

Problema jurídico

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si el traslado de régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), efectuado por 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.

Hechos Probados

En el presente asunto, no se encuentra en discusión que: **I)** la accionante diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP PORVENIR S.A** el 31 de mayo de 1995, siendo efectiva su afiliación el 1 de junio siguiente (fls. 100 y 101); **III)** posteriormente diligenció formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. el 18 de agosto del 2010, siendo efectiva su afiliación el 1 de octubre del citado año (fls. 133, 134 y 148);

IV) el 18 de octubre del 2017 la accionante diligenció el formulario de afiliación al Sistema General de Pensiones en COLPENSIONES, entidad que a través de la Resolución No. 2017_11041488-13073538 del 18 del mismo mes y año le respondió que “...no es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse...”. (Fls. 31 y 32).

Análisis del Caso

Nulidad de Traslado

El traslado, como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto de 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 Constitución Política y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez, por la otra, 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 del Código Civil; por lo cual las administradoras desde épocas remotas han tenido y aún conservan el deber de 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 trasladarse, 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, además, reforzado en época reciente, 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 y 2555 de 2010**, que integraron los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el Sistema General de Pensiones, entre ellos señalando: **i) la debida diligencia, ii) la transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.**

Como queda 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 la obligación de dar 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.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3° del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que también tienen las administradoras de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de **retractarse**; obligación que deben manifestarle por escrito al momento de la afiliación o traslado a sus posibles afiliados, 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.

La omisión del Fondo Administrador, 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.

Descendiendo al asunto de marras, obra copia de la solicitud de vinculación del **31 de mayo de 1995**, que da cuenta que la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la **AFP Porvenir S.A.** (fl. 201). El documento fue suscrito por la demandante, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **María Yanela González** se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Posteriormente, la accionante se afilió a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. como traslado entre AFP'S, tal y como se visualiza a través de la solicitud de vinculación del 18 de agosto del 2010 (fl. 133) siendo este, el último traslado que realizó entre las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que al momento del respectivo traslado de régimen, las entidades Administradoras de Pensiones **Porvenir S.A.** y **Protección S.A.**, hayan cumplido con el deber de ofrecer una información completa, clara y oportuna, sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en el, 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 pudo quedar en evidencia, por ejemplo, con las proyecciones matemáticas, que sustentaran el valor de la mesada que hubiera tenido en ambos regímenes, entre otros.

La **única prueba** con la que pretenden **Porvenir S.A. y Protección S.A.**, acreditar que cumplieron con el deber de información, es la copia de las solicitudes de vinculación en la que reposa la leyenda "**VOLUNTAD DE AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese régimen la hace el afiliado 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 la 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 de que se haya entregado el Plan de pensiones ni el reglamento de funcionamiento de la Administradora de Pensiones, que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirven para explicarle a quien se va a afiliar sus derechos y deberes.

Mucho menos reposa la comunicación que por escrito las AFP'S debieron dirigir a la demandante referente a la posibilidad de retractarse, de que trata el artículo 3° del Decreto 1661 de 1994, citado en precedencia.

Ahora bien, en relación con la posibilidad de trasladarse cuando a la afiliada le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre el tema la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y además reiteró en la Sentencia **SL1452-2019** radicado 6885 del 3 de abril de 2019 M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, al recopilar toda su jurisprudencia, sosteniendo 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...”.

A su vez, recuerda la Sala, 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, se ha reiterado por esta Corporación, con apoyo en la Jurisprudencia nacional, que la nulidad ocasionada al momento del 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.

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

No habrá condena en costas toda vez que la presente sentencia se surte en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Finalmente, con lo aquí considerado se tienen atendidos los alegatos de conclusión que fueron presentados por las partes, los cuales respecto de la demandada se despacharon negativamente en las respuestas dadas por la Sala, así como a la demandante, a quien se confirmará la decisión.

Decisión

En mérito de lo expuesto la 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

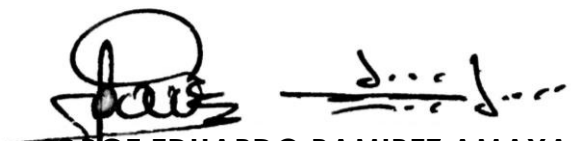
PRIMERO: CONFÍRMASE la **Sentencia No. 249 del 6 de agosto del 2019**, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el proceso de la referencia, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, toda vez que la presente sentencia se surte en grado jurisdiccional de Consulta.

TERCERO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al Juzgado de Origen para lo de su cargo.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece.

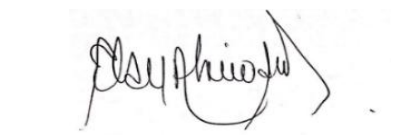
COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada