



Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	CLARA LUCIA VARGAS TRUJILLO
Demandados	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y OLD MUTUAL
Radicación	760013105011201700572 01
Tema	Ineficacia del 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. 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. Respecto al <u>traslado de los aportes y rendimientos financieros</u>, así como los <u>gastos de administración</u>, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P. CLARA CECILIA DUEÑAS. 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.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 036

En Santiago de Cali, a los diecinueve (19) días del mes de marzo de 2021, siendo el día y hora previamente señalados, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con 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 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, y PCSJA20-11623 del 28 de agosto 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 **resolver los recursos de apelación** formulados por las demandadas **Colpensiones, Protección S.A, Porvenir S.A. y Old Mutual** contra la **Sentencia No. 362 del 13 de noviembre del 2019**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el grado jurisdiccional de consulta de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por las demandadas **Colpensiones, Protección S.A., Porvenir S.A., y Old Mutual**, 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. 035

Antecedentes

CLARA LUCIA VARGAS TRUJILLO presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES** y la **Sociedad**

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

Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCIÓN S.A.; siendo integradas la **Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A,** y **OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías 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

Afirma la demandante que nació el 27 de agosto de 1961, contando actualmente con 56 años de edad; y que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del entonces Instituto de Seguros Sociales ISS, el 20 de septiembre de 1983 hasta el 1 de octubre de 1993; donde cotizó 522,43 semanas.

Que se trasladó del Régimen de Prima Media, al Régimen de Ahorro Individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, anteriormente Colmena, el 15 de julio de 1996.

Que al realizar la afiliación al fondo privado, no recibió la suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podría llegar adquirir el derecho a la pensión por vejez; es decir no se cumplió a cabalidad con los requisitos que establece la Ley 100/1993 y sus decretos reglamentarios, como lo ha expresado la Jurisprudencia, de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, esto es que *"los fondos privados deberan manifestar las ventajas y desventajas de permanecer en el RAIS"*.

Que por tal motivo, la demandante radicó ante Colpensiones formulario de solicitud de traslado, en fecha 18 de julio de 2017; misma a la que se dio respuesta por tal entidad manifestando que su solicitud no era procedente por encontrarse a 10 años o menos, del requisito de tiempo para pensionarse.

Que, igualmente, el 28 de septiembre del 2017 presentó derecho de petición, ante la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A, solicitando el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones; sin embargo, y a la fecha no ha obtenido respuesta alguna.

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones de esta demanda; manifestando que tanto esa entidad como la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, siempre suministraron toda la información, asesoría completa y necesaria para que sus clientes, potenciales afiliados, y ciudadanía en general, conocieran los productos y servicios prestados por las administradoras, pero en ningún modo se les instruye a sus asesores para engañar, omitir información o violar la ley como pretende insinuar la demandante.

Que solo fue hasta el año 2017, donde la actora solicitó su traslado de régimen, es decir más de 20 años después de vincularse y afiliarse al RAIS pretende responsabilizar a Protección S.A., de la decisión tomada. Además, que con sus propios actos demostró que tal decisión fue tomada de manera libre y voluntaria, siendo notorio que cuando realizó el traslado entre AFPs, tenía la suficiente información y sabía lo que estaba haciendo; pues al trasladarse de régimen de ahorro individual con solidaridad, ésta aceptó todas las condiciones propias de dicho régimen de acuerdo al Decreto 692/1994 - Art 11.

En su defensa propuso las excepciones de fondo: **Falta de Legitimación en la Causa, Inexistencia de la Obligación, Ausencia de Vicios en el Consentimiento del Traslado, Buena Fe de la Entidad Demandada, Prescripción Trienal.**

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones,

considerando que la entidad actuó de manera profesional, transparente, y prudente, en contraposición a lo afirmado por la demandante, siendo ésta quien decidió de manera libre y espontánea, con conocimiento informado, realizar su traslado de régimen.

Sumado a ello, señala que la parte actora no puede pretender, después de transcurridos 22 años de su traslado, edificarle al fondo la responsabilidad de una decisión propia y autónoma, pues nunca se le obligó para que se trasladara de régimen pensional, pese a que luego de la asesoría brindada tuvo la oportunidad de determinar si lo que le ofrecía el RAIS, era viable frente a sus intereses pensionales.

Que en su caso, la afiliada tuvo la facultad de retractarse de la afiliación suscrita con Protección, al no hacer uso del derecho conferido, que le hubiere dado la posibilidad de retornar al RPM, pues acorde con lo establecido en el Art. 3 del Decreto 1161 de 1994, la señora **CLARA LUCIA VARGAS TRUJILLO** podía manifestar por escrito su decisión, dentro de los cinco (5) primeros días hábiles siguientes a la fecha de su vinculación con **Colmena**, hoy Protección S.A; situación que nunca se configuró, y por el contrario, decidió trasladarse entre AFPs del RAIS, esto es, de Colmena a Old Mutual S.A., en fecha 1º de agosto del 2000, posteriormente, de Old Mutual S.A. a Porvenir S.A. el 24 de abril del 2001, y finalmente de Porvenir S.A. a Protección S.A. el 28 de diciembre 2001.

Que así, resulta inocuo esgrimir que existió un vicio del consentimiento, cuando han pasado más de 22 años desde su traslado de régimen.

Y en su defensa formuló las excepciones denominadas; **Falta de Integración en la litis por Pasiva de Porvenir S.A. y Old Mutual, Validez de la Afiliación a Protección S.A., Buena Fe, Inexistencia de Vicio del Consentimiento por Error de Derecho, Prescripción, Inexistencia de Engaño y Expectativa Legítima, Nadie Puede Ir en Contra de sus Propios Actos, Compensación.**

La integrada **OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías S.A.** se opuso a las pretensiones de esta acción, indicando que la demandante voluntariamente presentó vinculación a ese fondo, el **1 de agosto del 2000**, empezando sus efectos desde el **1 de octubre del 2000**, hasta el **30 de junio del 2001**, fecha última en la que la actora ratificó su voluntad de afiliación al RAIS, al solicitar de manera libre y voluntaria, su traslado a **Porvenir S.A.**, el cual fue efectivo a partir del **25 de julio del 2001**.

Precisa, que la actora firmó el formulario de vinculación con la entidad, de manera consiente y voluntaria, accediendo así a los efectos que implica el régimen de ahorro individual; y además ha estado vinculada por mas de 20 años al mismo, por lo tanto, conoce a la perfección este sistema y en consideración no le asiste ningún tipo de razón lógica pretender condenar a ese fondo de pensiones al pago de costas, toda vez que Old Mutual siempre ha actuado con la buena fe, la cual se presume de toda persona natural y jurídica, por mandato constitucional.

En su defensa formuló las excepciones de: **Inexistencia de la Obligación, Falta de Legitimación en la Causa, Buena Fe, Ausencia de Vicios del Consentimiento, Ratificación de la Afiliación de la Actora al Fondo de Pensiones Obligatorias, Prescripción de la Acción para Solicitar la Nulidad del Traslado, Compensación, y Pago.**

La integrada **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones formuladas en esta demanda, manifestando que no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por la señora Vargas Trujillo, al momento del surgimiento del acto jurídico de la afiliación de la AFP; por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por la actora.

Que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la ley, es decir el de Prima Media con Prestación Definida o el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien manifestó

por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, hecho que se realiza con la suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo fondo,.

En su defensa formuló las excepciones: **Prescripción, Falta de Causa para Pedir, Inexistencia de las Obligaciones Demandadas, Buena Fe, Prescripción de Obligaciones Laborales de Tracto Sucesivo, Enriquecimiento Sin Causa, Ausencia de Responsabilidad Atribuible a la Demandada.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, profirió la Sentencia **362 del 13 de noviembre del 2019** declarando la nulidad de la afiliación de la demandante **Clara Lucia Vargas Trujillo** al fondo de pensiones y cesantías **Proteccion S.A.**, y posteriormente a las AFPs **OLD MUTUAL S.A y PORVENIR S.A.**, y en consecuencia, generar el regreso automatico al RPM administrado por Colpensiones. De igual forma, **condenó** a la **Admistradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones **Colpensiones**, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos causados, recibidos con ocasión de la vinculación de la señora Clara Lucia Vargas Trujillo. **Condenó** a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, a la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, y a **Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.**, a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones- **Colpensiones** todas las comisiones y gastos de administración que recibieron con ocasión del traslado de la señora **Clara Lucia Vargas Trujillo**, por el tiempo que esta haya estado afiliada a cada una de las AFPs del RAIS. **Ordenando** a **Colpensiones** recibir las sumas provenientes de las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantias **Protección S.A, Porvenir S.A.**, y **Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.**, para mantener su estabilidad financiera, y para financiar la prestación económica, que, como administradora del Régimen

de Prima Media, debe asumir en favor de la demandante, cuando haya lugar a ella. Finalmente, **condenó**, en costas a las entidades demandadas.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión impugnan las demandadas **Colpensiones, Protección S.A., Porvenir S.A., y Old Mutual.**

COLPENSIONES manifestó que referente a la condena en costas, esa entidad nada tuvo que ver con el traslado de la demandante al RAIS, pues en ningún momento la coaccionó, ni la obligo a que retirara sus aportes del RPM.

Que la decisión causa deterioro y un detrimento económico a la entidad, solo con hecho de recibir nuevamente a la demandante, más la imposición de la condena en costas.

A su vez, **PORVENIR S.A.** argumenta que no se vulneró ningún derecho en cabeza de la demandante, por no suministrar información tal como lo manifestó el despacho, es por ello que se encuentra ante una ausencia de análisis del proceso, especialmente de la normatividad legal que existía en el momento en que se realizó la afiliación.

Que para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 no existía disposición alguna, en relación con la naturaleza de la información que debían otorgar las AFPs con el traslado y el régimen pensional; sin embargo la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado como norma aplicable, lo denominado “deber de información”, indicando que la entidad vigilada por la Super Intendencia Financiera debe suministrar a los usuarios, sobre los servicios que presten, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice. No obstante, considera que no puede pasarse por alto que la información suministrada por Porvenir al momento de la afiliación, fue de forma verbal.

Que solo fue hasta la expedición del Decreto 2555 del 2010, Decreto 2071 del 2015, y la Ley 1748 del 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general; y que de hecho, la obligación de explicar a sus afiliados las consecuencias del traslado del régimen nace solo partir del **inciso 4 del Art. 3 del Decreto 2071 del 2015**, es decir que para el momento de la afiliación de la actora con **Porvenir S.A** no se pudo predicar el deber de información debido a que en ese momento no existía la obligación de hacerlo.

Respecto de las condenas impuestas, manifestó que no es procedente devolver los gastos de administración basado en el Art 1746 del C.C. Toda vez, que estas son las pérdidas o el deterioro que cada una de las partes debe asumir en la relación jurídica que sostuvieron a lo largo del tiempo.

De igual manera **PROTECCION S.A**, interpone recurso de apelación, frente al numeral cuarto (4) de la sentencia proferida, relacionada a la comisión de administración, considerando que tal comisión es aquella que cobran las AFPs, para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados. Que de cada aporte se resta el 16% del IBC, y la AFP descuenta un 3% para cubrir estos gastos y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el **Art 20 de la Ley 100 de 1993**, modificado por la Ley **797 del 2003**, que opera tanto para el Régimen de Ahorro Individual, como para el Régimen de Prima Media.

Que durante todo el tiempo que la actora ha estado afiliada al fondo de pensiones, ésta se ha administrado con la mayor diligencia y cuidado, pues es una entidad financiera experta en los recursos de propiedad de sus afiliados, además dicha gestión se ve evidenciada en los buenos rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual, los cuales se pueden observar en el movimiento de cuenta que se adjuntan como prueba al plenario. Por lo que finaliza indicando que, teniendo en

cuenta lo expuesto, no es procedente que se ordene la devolución de gastos de administración, toda vez que se tratan de comisiones ya cusadas.

Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., de igual manera interpone recurso de apelación, frente al numeral tercero (3) de la sentencia, donde se ordena hacer la devolución de los gastos de administración, argumentando, que si estos procedieran, solo se le entregaría a la actora los dineros ahorrados en su cuenta de ahorro individual, sin sus rendimientos, ya que éstos surgen del buen manejo otorgado por la entidad. Pues además, están autorizados por la Ley **100 del 1993** en su **Art 20**, reguladas en la resolución **2549 del 1994**, y en el Decreto **656 de 1994** emitidos por la Super Intendencia Financiera.

Que las mencionadas normas concuerdan en que estas cuotas constituyen los ingresos de las AFPs, las cuales tiene el derecho y el deber de generar rendimientos en beneficio del afiliado, y es por ello que se reitera que sería un cobro de lo no debido por parte del actor.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver sobre los **recursos de apelación** interpuestos por las demandadas **Colpensiones, Protección S.A, Porvenir S.A. y Old Mutual**, 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 fungue 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)** la actora **Clara Lucia Vargas Trujillo** se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces ISS, hoy COLPENSIONES, a partir del 20 de septiembre de 1983 (fl.21); **II)** posteriormente, la actora diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP Protección S.A.**, el 15 de julio de 1996, siendo efectiva su afiliación a partir del 1º de septiembre de 1996 (fls. 116,118); **III)** a su vez, la actora diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP ING S.A.** el 1º de abril de 2000 (fls.116); **IV)** la actora diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado de a la **AFP Old mutual S.A.** el 01 de agosto del 2000, siendo efectiva su afiliación desde el 1º de octubre del 2000 (fls. 116,175,177); **V)** posteriormente se traslada a la **AFP Porvenir S.A.**, el 24 de mayo del 2001 siendo efectiva su afiliación el 1 de julio del 2001 (fls 116 207,208,); **VI)** el 28 de diciembre del 2001 se traslada nuevamente a la AFP Proteccion S.A, siendo efectiva el 01 de febrero del 2002; (fls 116,117); **VII)** la actora el 18 de julio del 2017 radicó formulario de solicitud de traslado ante Colpensiones, y la cual respondió que no era procedente dar trámite a su solicitud (fl 22); **VIII)** el 28 de septiembre 2017, radicó derecho de petición ante la administradora de pensiones y cesantías Proteccion S.A., solicitando el traslado de régimen, pero la entidad a la fecha no ha dado respuesta alguna (fls 23,24,25).

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si **I)** el traslado de régimen de la demandante es invalido 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; e igualmente analizar si resulta procedente: **II)** no existía dispocion alguna, en

relacion con la naturaleza de la información que debían otorgar las AFPS con el traslado y el régimen pensional; **III)** al recibir nuevamente a la actora al RPM causa un detrimento económico para la entidad; **IV)** es procedente la devolución de los rendimientos y gastos de administración; **V)** la condena impuesta en costas para la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Análisis del Caso

Ineficacia de Traslado

El traslado como acto jurídico en general, con lleva 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 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 conlleva 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.

Dicha 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.

Tal 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 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, y como ya se advirtió, obra copia de la solicitud de vinculación del **15 de julio de 1996** e historial de vinculaciones que dan cuenta que la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la **AFP Colmena S.A.** (fls.116 y 118)., evento que tuvo lugar a partir del **1º de septiembre del 1996**.

Posteriormente, la accionante se afilió a **ING S.A.** como traslado entre AFPs. siendo efectiva tal vinculación, el 01 abril de 2000 (fls.116). Después diligenció formulario de solicitud de traslado a la AFP **Old Mutual S.A.**, el 01 de agosto del 2000, siendo efectiva su afiliación el 1 de octubre del 2000 (fls. 116,175,177); posteriormente se traslada a la AFP **Porvenir S.A.**, el 24 de mayo del 2001 siendo efectiva su afiliación el 1 de julio del 2001 (fls116 207,208,); el 28 de diciembre del 2001 se traslada nuevamente a la AFP **Proteccion S.A.**, siendo este su ultimo traslado, el cual queda efectivo el 01 de febrero del 2002; (fls116,117).

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 **Colmena S.A, Old mutual S.A, I.N.G., Porvenir S.A. y Protección S.A.** hayan cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas,

desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en ella, a la demandante.

No se denota que las entidades de Seguridad Social demandadas le hayan suministrado a la 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 debe 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 la accionante, tomó verdaderamente una decisión libre y voluntaria, cuando ignora la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple y fría expresión genérica pre impresa en un formato.

Tampoco se denota una constancia 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 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 faltan menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689**, todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

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

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

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

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 esta Sala, entonces, que es dable ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** que proceda a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere 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 estas, los bonos pensionales y las 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 y los gastos de administración, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**.

Adicionalmente, hace énfasis la Sala que el traslado de los gastos de administración no forma parte de los valores que conforman los ahorros de la cuenta individual de la actora en el RAIS, y por tanto, el traslado de tales gastos corresponden a la administración que el RPM le corresponde a COLPENSIONES. Sin que esto genere un enriquecimiento sin causa en favor de la actora.

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 el demandante ha manifestado 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, tanto a COLPENSIONES como la demás demandadas, se mantendrá al haber sido vencidas en juicio.

En ese orden, las **Costas** en esta **segunda instancia** estarán a cargo de **Colpensiones, Protección S.A, Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.**, en favor de la demandante, por no haber sido avante en su recurso 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 362 del 13 de noviembre del 2019**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, por las razones expuestas.

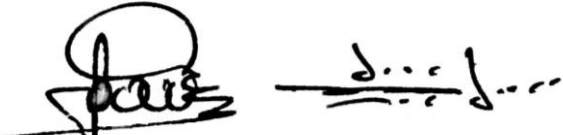
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, la **Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL Pensiones y Cesantías**

S.A., y en favor de la demandante; liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de ésta instancia, la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000) m/cte, como agencias en derecho, a sufragarse por cada una ellas.

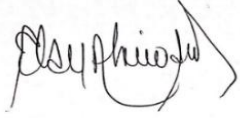
TERCERO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

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

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente


CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada