



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	FAIBER VELASCO SANCHEZ
Demandados	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Radicación	76001310500720190029201
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 <u>gastos de administración</u>, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P. CLARA CECILIA DUEÑAS.</p> <p>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 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>El enriquecimiento sin justa causa no opera en los procesos de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional.</p>

	Procede la condena en costas, en primera y segunda instancia, en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, cuando la parte ejercie oposición y resulta vencida en juicio.
--	---

AUDIENCIA PÚBLICA No. 103

En Santiago de Cali, a los dieciséis (16) días del mes de junio 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, Porvenir S.A. y Protección S.A.** contra la **Sentencia No. 429 del 24 de octubre de 2019**, proferida por el **Juzgado Sèptimo 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 Protección S.A.**, los cuales son tenidos en cuenta en la presente decisión.

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

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

SENTENCIA No. 099

Antecedentes

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

Demanda y Contestación

El demandante señaló que, nació el 30 de marzo de 1959, por consiguiente actualmente tiene 60 años de edad.

Que, estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 15 de julio de 1977 hasta el 31 de diciembre de 1999, acreditando un total de 967 semanas cotizadas.

Que, encontrándose en el Regimen de Prima Media con Prestación Definida, en el fondo de pensiones administrado por el ISS Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Colpensiones, se trasladó por primera vez, al fondo de pensiones administrado por ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantias, entidad que fue objeto de fusión por absorción por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantias Protección S.A., a partir de febrero de 2000 hasta junio de 2001, acreditando un total de 72 semanas.

Que, posteriormente se trasladó de fondo de pensiones en el RAIS a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantias Porvenir S.A., a

partir de julio de 2001, entidad a la cual se encuentra afiliado en la actualidad, acreditando un total de 589 semanas a febrero 25 de 2019.

Que durante su vida laboral tiene acreditadas un total de 1.628 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, conforme lo acredita la Historia Laboral consolidada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con un bono pensional en cuantía de \$116.235.584, fecha de redención 30/03/2021, más saldo de la cuenta individual de \$71.226.271, para un capital acumulado de \$187.461.855.

Que, solicitó el traslado de régimen pensional ante el Seguro Social, el 4 de abril de 2011, por medio de un formulario de vinculación o actualización al Sistema General de Pensiones, radicado bajo el No. 0102035, con el propósito de acogerse al traslado de régimen pensional de conformidad con la Sentencia C-1024/2004 emanada por la Honorable Corte Constitucional.

Que, recibió carta fechada el 15 de abril de 2011 GSVLL-DSC del Seguro Social en respuesta a su solicitud de traslado de régimen pensional indicándole que en virtud de lo definido en la Sentencia C-1024 del 2004 y en concordancia con Auto del 05 de marzo de 2009, emitido por el Consejo de Estado y en la Sentencia C-789 de 2002, se requiere para la aprobación del traslado la participación de la última administradora de pensiones del Régimen de Ahorro Individual a la cual se encontraba afiliado.

Que, el 15 de abril del 2014, por segunda vez solicitó traslado de régimen pensional ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, y por medio de petición radicada bajo el No. 2014_3016595, y la entidad por medio de carta fechada del 26 de mayo de 2014, manifestó que no es procedente dar trámite a la solicitud porque no cuenta con los quince años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1/04/1994), requeridos para efectuar el traslado por Sentencia unificada 062 de 2010.

Que, el 4 de junio de 2014, recibió de la Sociedad Administradora De Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. carta fechada manifestándole que la solicitud de traslado de régimen pensional presentada ante Colpensiones y sustentada en la Sentencia Unificada 062 de 2010, le había sido presentada por la entidad y que una vez realizada la validación respectiva se obtuvo que no cumple con 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994.

Que, se acercó el 8 de marzo de 2019 a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el propósito de solicitar la proyección de su pensión de vejez, recibiendo simulación pensional a los 62 años, sin volver a cotizar y cotizando 12 meses al año, sería el mismo monto de \$828.116.

Que el 2 de abril de 2019, radicó bajo el No. 0103815025255600, derecho de petición ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. solicitando el traslado del régimen pensional del RAIS al RPM administrado por la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sostuvo que, vía email recibió respuesta a la petición de traslado pensional por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., indicándole que en principio no sería viable la solicitud de traslado hacia Colpensiones, por estar incurso en la prohibición de traslado entre regímenes de que trata el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de 10 años para tener derecho a la pensión de vejez.

Que el 3 de abril de 2019, envió por servientrega guía No. 989149309, derecho de petición ante la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., entidad que absorbió por fusión a ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, solicitando certificación por el tiempo que estuvo afiliado a dicho fondo de pensiones entre febrero

de 2000 hasta junio de 2001, acreditando un total de 72 semanas. Sin embargo, hasta la fecha, no ha recibido respuesta alguna.

Adujo que, por tercera vez, el 26 de abril de 2019, elevó derecho de petición ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, el cual fue radicado bajo el No. 2019_5557144 solicitando el traslado de régimen pensional del Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al Regimen de Prima Media con Prestación Definida sin que hasta la fecha de presentación de la demanda haya recibido respuesta.

Que ha recibido con fecha de 7 de mayo de 2019 de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, respuesta negativa a su petición de traslado de régimen pensional identificada con el No. BZ2019_5908411-1309476.

Afirmó que, considera ineficaz el traslado realizado en febrero del año 2000 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al Regimen de Ahorro Individual, inicialmente al Fondo de Pensiones administrado por ING hoy Protección S.A. y luego Porvenir S.A., porque las administradoras de los fondos de pensiones, no le brindaron ilustración alguna de como operaría el fondo de pensiones , ni le hizo saber sobre las consecuencias del traslado de régimen, por consiguiente no puede decirse que hubo un consentimiento libre y voluntario e informado, porque desconocía las consecuencias que debería soportar al trasladarse de régimen pensional a cerca de sus derechos pensionales a futuro, por consiguiente no cumplieron con el deber de haberle entregado un proyecto un proyecto pensional en donde se le informara el monto de la pensión en el RPM ni en el RAIS, como tampoco que implicaciones y favorabilidades tendría el traslado, como para indicar que el traslado se hizo con transparencia y agotada una asesoría personalizada e integral; por consiguiente su consentimiento se encuentra viciado de nulidad.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, ni se opuso ni se allano a las pretensiones de la demanda, ya que para la época en que la parte demandante se trasladó de régimen pensional, Colpensiones no había entrado en operación, y en todo caso, de la documental que se adjunta se evidencia que el antiguo ISS nada tuvo que ver con el proceso de afiliación y asesoría que se brindó a la parte actora respecto del traslado de régimen al fondo privado. En su defensa propuso las excepciones denominadas: **Inexistencia de la obligación; Prescripción; Buena fe; Imposibilidad jurídica para cumplir con lo pretendido; y la Innominada.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, se opuso a todas las pretensiones en contra de la entidad demandada como quiera que, no existió omisión por parte de la entidad al momento de entregar al señor Faiber Velasco Sanchez toda la información que éste requería para que tomará una decisión referente al traslado del RPM al RAIS de manera informada. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Validez de la afiliación a Protección S.A.; Ratificación del traslado al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia de los traslados entre AFP'S realizados por el demandante; Buena fe; Inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; Prescripción; Carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen; Inexistencia de engaño y de expectativa legítima; Nadie puede ir en contra de sus propios actos; Compensación; y la Innominada o genérica.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a todas las pretensiones presentadas en la demanda teniendo en cuenta que la afiliación a la AFP ING hoy Protección y el posterior traslado de fondo a Horizonte hoy Porvenir S.A. son actos validos que gozan de plena validez en la medida en que el accionante suscribió solicitud de vinculación a la entidad como traslado entre fondos del mismo régimen de "manera libre, espontanea y sin presiones". En su defensa propuso las excepciones de merito denominadas: **Prescripción de la acción que pretende atacar la**

nulidad de la afiliación, que no afecta su derecho pensional por cuanto eventualmente podría pensionarse en el Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS; Falta de causa para pedir, Inexistencia de la obligación; Buena fe; Falta de Legitimación en la causa por pasiva; y la innominada.

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Sèptimo Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 429 del 24 de octubre de 2019**; declarando no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declarando la ineficacia de la afiliación efectuada por el señor Faiber Velasco Sanchez al Fondo de Colmena hoy Protección S.A. y posterior traslado a Horizonte hoy Porvenir S.A., en consecuencia declarando que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Regimen de Prima Media con Prestación Definida; en consecuencia, el demandante deberá ser admitido nuevamente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo; ordenando a Porvenir S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; ordenando a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a devolver, el porcentaje de gastos de administración previstos en el art. 13 literal q) y el art. 20 de la Ley 100 de 1993, en que se hubiere incurrido respecto de las cotizaciones del actor, de forma proporcional al tiempo en que estuvo en cada uno de los mencionados fondos privados; las costas a cargo de Porvenir S.A.; fijando como agencias en derecho la suma de 2 S.M.L.M.V.; las costas a cargo de Protección, se fijaron como agencias en derecho la suma de 1 S.M.L.M.V.; no otorgó costas a Colpensiones.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión la impugnan los apoderados de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**

La apoderada de la demandada **Colpensiones**, sustentó el recurso aduciendo que, está claro que el demandante realizó el traslado al Regimen de Ahorro Individual de forma libre y voluntaria como se dispone en el art. 13 literal B y E de la Ley 100 de 1993 teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del Regimen más conveniente en su caso, por lo que, la ignorancia de la Ley no es excusa en esa situación.

Sostuvo que, la apoderada de la parte demandante al presumir una nulidad de traslado de Regimen debió probar eficazmente que la Entidad Administradora de Pensiones Protección S.A. incurrió en un vicio de nulidad no está demostrado más allá del propio dicho de la parte actora por cuanto no se hacen a los elementos requeridos para acreditar la nulidad pretendida con la presente acción.

El apoderado de **Porvenir S.A.** solicitó que se revoque la sentencia ordenada en todos sus numerales. sustentó el recurso de apelación manifestando que, considera en primera instancia que no estamos frente a una nulidad absoluta sino relativa además que es relativamente fácil colegir que en un sistema de derecho avanzado y moderno de la prosecución de la justicia material en aplicación de la norma debe ser un objetivo claro y prioritario resulte necesario acotar y delimitar las consecuencias jurídicas del error como vicio invalidante del consentimiento ello por supuesto más allá de lo estrictamente dispuesto por la propia declaración en sí misma, manifestar el formulario de afiliación por quien pretende hacer valer la supuesta nulidad de la misma, la deducción es que la pensión como finalidad misma del

sistema que cobija tal derecho no está en peligro, por ende decretar la nulidad de un acto valido en virtud de una comparación cuyo resultado motiva al accionante a perseguir un valor mas alto de mesada utilizando la nulidad de la afiliación que, como atajo jurídico es lo que atañe de fondo la pretensión del demandante cabe resaltar así mismo que durante más de dieciséis años que el demandante permaneció afiliado al RAIS ha ratificado la existencia sobre un conocimiento de las características y los beneficios del mismo.

Afirmó que, no es entendible que una persona capaz jurídica y físicamente que ha realizado aportes ha pensión durante más de dieciséis años denotando así su conformidad con el régimen ahora deba sonar convincente arguyendo que fue indebidamente asesorado, se obtiene la conclusión a priori que es imprescindible la voluntad del oferente y que la del aceptante coincidan cuando la cosa objeto del contrato y lo cierto es que la voluntad del señor Faiber Velasco Sanchez como aceptante de una vinculación valida y efectiva a Porvenir S.A. coincidió con la cosa del objeto de tal suscripción a la entidad, que no es más que la pensión en si misma, misma que no está en riesgo, ha de reconocerse por la entidad el deber de acato que le asiste al señor juez del referente al precedente judicial de las altas cortes en especial de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia pero la carga dinámica de la prueba tiene unos limites y una regla de fuego establecida por la misma jurisprudencia, si bien los precedentes jurisprudenciales son una guía de casi obligatoria sujeción cada caso es particular y obedece a unas características propias que deben ser ponderadas en contraste con dicho precedente, el hecho de que el demandante bajo el amparo de dicho precedente se excude durante todo el proceso en diligencia del juez, respecto del deber de probar dentro del mismo denota una alteración al principio de seguridad jurídica.

El apoderado judicial de **Protección S.A.** afirmó que, no da lugar a que se condene a Protección al pago de la comisión de administración teniendo en cuenta la nulidad o ineficacia de la afiliación decretada por el despacho,

teniendo en cuenta que la comisión de administración es aquella que cobra la AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados de cada aporte del 16% del IBC, que ha realizado el demandante al sistema general de pensiones y la AFP adjuntaron el 3% para cubrir los gastos de administración mencionados 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 mod. por la Ley 797 de 2003 y como era tanto para el régimen de prima media como para el régimen de ahorro individual.

Afirmó que, durante todo el tiempo que el demandante ha estado afiliado a Protección S.A., la entidad administró los recursos o los dineros que el mismo había depositado en su cuenta de ahorro individual, gestión que se realizó con la mayor diligencia y cuidado porque Protección es una entidad financiera experta en la inversión de unos recursos de la propiedad de sus afiliados adicionalmente dicha gestión de administración se ve evidenciada en los rendimientos financieros que generó la cuenta de ahorro individual del demandante los cuales se pueden observar a través del formato inclusivo dentro de las pruebas documentales donde se detalla el traslado de los dineros en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos remitidos a Porvenir S.A.

Indicó que, en el evento en que sea procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS y que se condene a la entidad a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados con la buena gestión de la entidad pero no es procedente que se ordene la devolución de lo que la entidad descontó por comisión de administración toda vez que se trata de condiciones ya causadas ante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme a la Ley como contraprestación a una buena gestión de administración como es

legalmente permitido, lo anterior conforme a lo dispuesto en el art. 1746 del código civil que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad.

En ese orden de ideas si la consecuencia de la ineficacia o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió por ende nunca Protección debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración sin embargo el art. 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y el abono de las mejoras con base en esto debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió un contrato no se puede desconocer que el bien administrado produce unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración en la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio, así se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobretodo cuando se trata de contratos que tienen que ver con derecho laboral y de la seguridad social toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restricción completa a las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido se llegaría a la conclusión de que el afiliado debe devolver los rendimientos descontados a la AFP y esta ultima la comisión de administración al afiliado toda vez que si la comisión nunca debió ser descontada tampoco nunca debieron existir los rendimientos financieros

Finalmente adujo que, la entidad ha actuado conforme a la Ley y de buena fe por lo cual condenar a la entidad a la devolución de los gastos de administración se convertiría en un enriquecimiento ilícito adicionalmente indicó que se opone a la condena en costas en lo que se refiere a Protección, teniendo en cuenta que, en los alegatos planteados, el demandante se trasladó del RPM al RAIS de manera voluntaria, libre y sin

presión alguna, siendo Protección quien brindó la información necesaria entendiéndose las diferencias entre el RPM y el RAIS y el demandante tomando la decisión inequívoca de trasladarse a la entidad, inicialmente tomó la decisión posterior de trasladarse a una AFP se entiende como un traslado entre administradoras del régimen pensional no se entiende que alegue una nulidad o ineficacia de la afiliación cuando este inclusive ya conocía las condiciones del régimen de ahorro individual.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver los **recursos de apelaciones** interpuestos por las demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Protección 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 Faiber Velasco Sanchez se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES, el 15 de julio de 1977 (fls. 32 y 33); **(ii)** posteriormente, el actor se vinculó al fondo de pensiones **Colmena** a partir del 15º de diciembre de 1999 (fl. 187 y 214),

siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de febrero del 2.000; a su vez, se resalta que, entre las Administradoras de Fondos de Pensiones ING y Colmena existió una cesión por fusión por lo que el accionante quedó trasladado de manera automática a ING (fl. 214); **(iii)** posteriormente, el actor se trasladó de la administradora ING al Fondo de Pensiones Horizonte a partir del 31 de mayo de 2001, siendo fecha de inicio de efectividad al 1 de julio de 2001 (fl. 211 y 214); a su vez, se resalta que, entre las Administradoras de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. y Horizonte existió una cesión por fusión por lo que el accionante quedó trasladado de manera automática a Porvenir S.A. (fl. 214)

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 se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria; **(iii)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que la demandante no probó que incurrió en un vicio de nulidad; **(iv)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, no se está frente a una nulidad absoluta sino relativa; **(v)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que el accionante ha permanecido afiliado al RAIS durante 16 años; **(vi)** el traslado de gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual del afiliado, del RAIS al RPMPD; **(vii)** analizar si se constituye en un enriquecimiento sin causa a favor del demandante; **(viii)** la condena en costas a Protección S.A..

Análisis del Caso

Ineficacia 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 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.

Tal razón justifica el contenido del artículo 3° 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, 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, se tiene que conforme a la copia de la historia laboral de vinculaciones (folios 32 y 33), que da cuenta que el demandante **Faiber Velasco Sanchez** fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena** con fecha efectiva de afiliación 1 de febrero del 2000.

Posteriormente, dada la cesión por fusión entre **Colmena** y **ING**, el actor quedó trasladado de manera automática este último fondo; a su vez, el accionante se afilió a la Administradora de Fondos de Pensiones **Horizonte**, como traslado entre AFP'S, con fecha efectiva el 1 de julio de 2001. Y finalmente, dada la cesión por fusión entre **Horizonte** y **Porvenir S.A.**, el actor quedó trasladado de manera automática este último fondo, al cual se encuentra afiliado actualmente (fl. 214).

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 **Protección S.A.** y **Porvenir S.A.** hayan cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en ella, al demandante.

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

Tampoco se denota una constancia 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/a 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 ésta Sala, entonces, que es dable ordenar a **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** que proceda a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, por lo tanto, se debe trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, y es por ello, que el valor de estas, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los gastos de administración, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Adicionalmente, hace énfasis la Sala en que el traslado de los gastos de administración no forma parte de los valores que conforman los ahorros de la cuenta individual 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.

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 a **Protección S.A.**, se mantendrá al haber sido vencida en juicio.

En ese orden, las **Costas** en esta **segunda instancia** estarán a cargo de **Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.**, en favor del demandante, por no haber salido avantes sus recursos de apelación, incluyendo la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000) m/cte., como agencias en derecho, a sufragarse por cada una ellas.

Decisión

En mérito de lo expuesto, ésta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

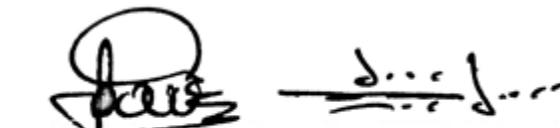
PRIMERO: CONFÍRMASE la **Sentencia No. 429 del 24 de octubre de 2019**, proferida por el **Juzgado Sèptimo Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, por y conforme lo motivado.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, y las **Administradoras de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A.** y en favor del demandante; liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de ésta instancia, la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000) m/cte, 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 MARTÍNEZ
Magistrada


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada