



República de Colombia

Tribunal Superior de Cali

Sala Laboral

Proceso	Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	FERNANDO ALONSO VARGAS RAMÍREZ
Demandados	PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES
Radicación	76001310500120200024001
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>Desde la fundación de las Sociedades Administradoras de fondos de Pensiones, éstas tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.</p> <p>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.</p> <p>Prescripción de la nulidad de traslado de régimen: El traslado de régimen se encuentra ligado al derecho a la seguridad social, y por consiguiente al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, resulta imprescriptible.</p> <p>El enriquecimiento sin justa causa y el cobro de lo no debido no operan en los procesos de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional.</p> <p>La declaratoria de ineficacia conlleva la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, incluidos los valores que cobró el fondo privado a título de gastos de administración y comisiones,</p>

	debidamente indexados , durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS.
--	--

En Santiago de Cali, a los veintiséis (26) días del mes de octubre de 2021, siendo el día previamente señalado, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a dictar sentencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO No. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020, artículo 15¹** expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en los **ACUERDOS PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020, PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020, PCSJA20-11629 del 11 de septiembre de 2020, PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, PCSJA20-11671 del 6 de noviembre de 2020, PCSJA20-11680 del 27 de noviembre de 2020, PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021, y PCSJA21-11840 del 26 de agosto de 2021**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, en 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. 259 del 23 de noviembre de 2020**, proferida por el **Juzgado Primero 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 parte **demandante** y las **demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.**, los cuales son tenidos en cuenta en la presente decisión.

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

SENTENCIA No. 249

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

Antecedentes

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

Demanda y Contestación

En resumen, de los hechos, el demandante señaló que, nació el 8 de febrero de 1960.

Que inició sus cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte a partir del 01 de septiembre de 1978.

Que, a la fecha cuenta con más de 1.493 semanas de cotización al Sistema General de Pensiones, realizadas al ISS hoy Colpensiones, Porvenir S.A y a Protección S.A.

Que el 6 de mayo del 2.000, suscribió el formulario de traslado y/o afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir S.A, proveniente del I.S.S., en atención a la oferta presentada por dicho Fondo, quien se encontraba en la búsqueda de nuevos afiliados al Régimen de Ahorro Individual y teniendo como fundamento la asesoría brindada por uno de los ejecutivos comerciales de dicha entidad.

Afirmó, que luego de haber recibido la asesoría por parte del ejecutivo comercial optó por trasladarse de régimen pensional, suscribiendo la solicitud de vinculación y/o afiliación a Porvenir S.A., con la firme convicción que accedería al derecho pensional en los términos ofrecidos por dicho Fondo Privado.

Sostuvo, que la asesoría 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, como tampoco le informó sobre las características de los regímenes pensionales, ni la forma como se accede a las prestaciones económicas de cada uno de ellos y sus principales diferencias.

Afirmó, que el 03 de julio de 2001, debido a las comparaciones en rentabilidad que existían entre los distintos fondos que conforman el Régimen de Ahorro Individual, decidió cambiarse de fondo de pensiones de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a Pensiones y Cesantías Santander hoy La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, de acuerdo al panorama ofrecido por dicha administradora.

Que para el año 2003 decidió retornar a la AFP Porvenir S.A, su fondo de pensiones actual.

Que con el ánimo de pensionarse, solicitó a una firma especializada en efectuar estudios pensionales, determinar cuál sería la mesada pensional que obtendría en uno u otro régimen, llevándose la sorpresa que la información no se ajustaba ni en lo más mínimo a lo expuesto en su momento por el Fondo de Pensiones Porvenir, toda vez que en el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones en el caso de encontrarse allí afiliado, su mesada pensional ascendería a la suma \$1.141.159, aplicando descuento en salud sería un valor neto de \$1.004.220, teniendo como base un IBL de \$1.551.259 y 1.626,46 semanas de cotización, mientras que en el Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección S.A, no accedería a una mesada pensional.

Que, en virtud de todo lo anterior y frente al oscuro panorama presentado, elevó ante COLPENSIONES solicitud de traslado a dicho régimen el 01 de julio de 2020 y fue resuelto de forma inmediata mediante comunicado 2020_6273670-23000525, denegándosele lo pedido, quedando así, agotada la reclamación administrativa de que trata el artículo 6 del C.P.T.S.S.

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se opuso a todas las pretensiones presentadas en la demanda, toda vez que, el demandante realizó su traslado al Régimen de Ahorro Individual a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de forma libre y voluntaria conforme se dispone en el artículo 13 literales b y e de la Ley 100 de 1993, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente a su caso, por lo que, la ignorancia de la Ley no es excusa en esta situación. En su defensa propuso las excepciones perentorias denominadas: **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; La innominada; Buena fe y Prescripción.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a todas las pretensiones presentadas por la parte demandante, como quiera que, el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Prescripción; Prescripción de la acción de nulidad; Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, se opuso a todas las pretensiones en contra de la entidad, porque no ha sido demostrado en el escrito de la demanda vicio de consentimiento alguno y porque al momento de afiliarse el demandante al RAIS se cumplió con los requisitos vigentes en la normatividad legal, es decir, los requisitos creados por el Legislador, por lo tanto, mal podría exigirse, el cumplimiento de otros si no estaban establecidos en la Ley. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Validez del traslado del actor a Protección; Ratificación del traslado del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; Prescripción; Compensación; Buena fe de la entidad demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; y la innominada o genérica.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 259 del 23 de noviembre de 2020**; declarando no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.; declarando la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., realizado por el señor Fernando Alonso Vargas Ramírez en marzo del 2000, por los motivos expuestos, de igual manera se declara la nulidad de su afiliación a Protección S.A. En consecuencia, declarando que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida; ordenando a la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones del demandante; ordenando a la Administradora De Fondo De Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante; Ordenando a la Administradora colombiana De Pensiones Colpensiones, a que admita nuevamente al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por ella administrado, sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales; condenando a la Administradora De Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Protección S.A. en costas, fijándose como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV a cargo de cada una y a favor del demandante.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión, impugnaron la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, y las **Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Protección S.A.**

Colpensiones, sostuvo que, las sumas a devolver al Sistema General de Pensiones se deben regresar a la entidad debidamente indexadas por el periodo en que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Porvenir S.A. solicitó que se revoquen los numerales segundo, tercero y sexto de la sentencia, igualmente, que se absuelva a Porvenir de las condenas impuestas, atendiendo al hecho de que como se manifestó en los alegatos de conclusión la entidad cumplió con el deber de información que les asistía respecto a las afiliaciones que el demandante realizó con la entidad y en ese orden de ideas no hay lugar a que la ineficacia haya sido declarada por parte del despacho.

Reiteró, que la normativa que regía las administradoras de fondos de pensiones donde tienen como norma primigenia la Ley 100 de 1993, donde no se establecía de manera específica y taxativa los mismos requerimientos que se requieren hoy en día a través del desarrollo Jurisprudencial que ha realizado la Sala de la Corte Suprema de Justicia y a partir de la expedición de normatividad posterior a las fechas de afiliación realizadas por parte del demandante.

Afirmó, que si se entiende la declaratoria de ineficacia que fue ordenada para la entidad, quiere decir retrotraer las cosas al estado inicial como si las afiliaciones y especialmente la última afiliación del demandante con la entidad nunca se hubiera realizado y en ese orden de ideas no sería procedente por parte del despacho en el numeral tercero ordenar a la entidad a la devolución de sumas adicionales de la aseguradora, sumas que claramente fueron pagadas a las aseguradoras para los riesgos de invalidez, vejez y muerte de parte del demandante durante todo el tiempo que ha estado afiliado a Porvenir S.A., por lo cual ya se encuentran extintas.

Sostuvo, que no sería procedente que se ordene el reintegro de los gastos de administración y el hecho de que los mismos fueron descontados conforme lo autoriza el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y utilizados para generar unos rendimientos financieros a los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante y que claramente pueden ser verificables dentro de las pruebas que fueron aportadas al expediente así mismo la entidad siempre ha obrado de buena fe y de forma diligente respecto de la administración de los recursos por lo cual no habría lugar a la devolución de los rubros de dineros mencionados.

Finalmente, en lo concerniente a la prescripción, sostuvo, que es importante aplicar lo establecido en los arts. 488 del CST y 151 del CPTySS, porque lo que se discute es el acto de afiliación que el demandante suscribió con la entidad inicialmente en el año 2.000 y posteriormente en el año 2003, dichos actos se encuentran prescritos conforme lo establece el término citado y lo que está en cuestión es el acto de afiliación que no se está debatiendo el derecho pensional que le asiste al demandante quien previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley podrían acceder a una mesada pensional dentro del régimen de ahorro individual, precisó, que eso no está siendo desconocido por la defensa, que lo que se cuestiona entonces es la afiliación que el demandante realizó con la entidad y que claramente se encuentra prescrita, toda vez que, entender un término diferente al establecido en la normatividad citada implica la vulneración del principio de seguridad jurídica que le asiste a la entidad.

Protección S.A., interpuso recurso de apelación respecto del numeral cuarto en el que se hace la condena a la entidad a hacer la devolución de los gastos de administración del afiliado ante la AFP.

Adujo, que la comisión por administración se encuentra en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y que opera tanto para el Régimen de Ahorro Individual como para el Régimen de Prima Media, indicó que, en los casos en los que se declara la nulidad o se declara la ineficacia de la afiliación y se condena a hacer devolución de los dineros que se muestren en la cuenta de ahorro individual de los afiliados únicamente es procedente si la devolución de dichos aportes o

rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de los afiliados, sin embargo, no es procedente que se devuelva lo que se descontó por comisión, toda vez que, se tratan de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual y esto se encuentra conforme a la Ley.

Afirmó, que de acuerdo a lo que se puede evidenciar el artículo 1746 del C.C. habla de los efectos de la declaratoria de nulidad que indica que la nulidad pronunciada en Sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita, en las restituciones mutuas que haya de hacerse a los contratantes en virtud del pronunciamiento será cada cual responsable de las pérdidas de las especies o de su deterioro de los intereses, frutos o del abono de mejoras necesarias útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posición de buena o mala fe de las partes.

En ese orden de ideas, afirmó, que si las consecuencias 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 y que por ende la AFP nunca debió de administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron tampoco se debió cobrar una comisión de administración y sin embargo el art. 1746 del C.C. habla de las restituciones mutuas de los intereses, frutos, del abono de mejoras y con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia o nulidad de la afiliación se haga la ficción de que nunca existió el contrato.

Indicó, que, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por esto, el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual y el fruto o mejora que obtuvo la AFP son las comisiones o gastos de administración las cuales debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado, por lo tanto, al dar la orden de hacer devolución de rendimientos y adicionalmente hacer devolución de gastos de administración se está frente a un cobro de lo no debido y un enriquecimiento sin causa, pues,

la correcta administración de los aportes en este caso las AFP no existirían los rendimientos que se pueden evidenciar en la cuenta de ahorro individual de los afiliados, que para el presente caso los rendimientos que se tuvieron al momento del traslado a la AFP Porvenir S.A., en consecuencia, solicitó que se revoque la condena impuesta y sea absuelta de la misma.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver sobre los **recursos de apelación** interpuestos por las demandadas **Colpensiones, Porvenir S.A., y Protección S.A.**, respecto de la sentencia proferida en primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3º del artículo 69 del CPTSS, se asume el conocimiento del asunto de referencia en el **grado de consulta** ya que la condena se efectuó en contra de una entidad de derecho público en la que la nación funge como garante, tal como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, V. gr. Sentencia STL-7382 – 2015 (40200), M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS².

Revisado el proceso, no existe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y agotado el trámite procesal que corresponde, resulta necesario resolver de fondo la Litis en estudio.

Hechos Probados

En el presente asunto no se encuentra en discusión que: **(i)** el demandante se afilió a Colpensiones el 13 de marzo de 1992 y el 30 de marzo del 2.000, diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a **Porvenir S.A.** (expediente digital, cuaderno del juzgado 04anexos); **(ii)** posteriormente, para el 3 de julio de 2001, suscribió formulario de afiliación a la Administradora de Pensiones ING (entidad absorbida por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y

² “La Nación sí garantiza el pago de las pensiones, se itera, del régimen de prima media con prestación definida, de forma que debe surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el art. 69 del C.P.T. y S.S. para proteger el interés público, que está implícito en las eventuales condenas por las que el Estado debe responder.”.

Cesantías Protección S.A.) (expediente digital, cuaderno del juzgado 04anexos); **(iii)** el 19 de julio de 2003, suscribió formulario de afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (expediente digital, cuaderno del juzgado 04anexos); y, **(iv)** el 1 de julio de 2020, solicitó ante Colpensiones la ineficacia del traslado de régimen pensional y la entidad a través de Resolución No. 2020_6273670-23000525 del 1 de julio de 2020, respondió que: “...no es procedente dar trámite a la solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse...” (expediente digital, cuaderno del juzgado 04 anexos)

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar: **(i)** si el traslado de régimen del demandante es inválido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliado en el **RAIS**; la posibilidad de retracto y la información sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de faltarle 10 años para pensionarse. Y en atención al recurso de apelación se determinará si resulta procedente: **(ii)** la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual incluidos los gastos de administración y comisiones del RAIS al RPM se realicen debidamente indexados; **(iii)** la ineficacia del traslado de régimen pensional, como quiera que, la Administradora Porvenir S.A. cumplió con el deber de información que le asistía respecto a las afiliaciones que realizó con la entidad; **(iv)** aceptar que al momento del traslado, la norma no contemplaba los requerimientos que se exigen en la actualidad; **(v)** la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales, gastos de administración y rendimientos; **(vi)** la prescripción en procesos de ineficacia del traslado de régimen pensional; y, **(vii)** reconocer que la devolución de los rendimientos y gastos de administración producen un cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa a favor del demandante.

Análisis del Caso

Ineficacia del 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 con lleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el **Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- artículo 72 literal f) y artículo 97**, normas modificadas por la **Ley 795 de 2003**, que en su **artículo 12** señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar **"...debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus**

derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas...”.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los **Decretos 2241 de 2010** y **2555** del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el Sistema General de Pensiones, como: **(i) la debida diligencia, (ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y (iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.**

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que **por Ley siempre han tenido las Administradoras de Fondos de Pensiones**, y un derecho para las personas afiliadas a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar a la persona interesada de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Tal razón justifica el contenido del artículo 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.

La omisión, en tratándose de este aspecto, **acarrea la ineficacia de la selección o traslado**, pues se parte del hecho de que la decisión no fue informada, y que está mediada de error.

Se remite la Sala a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del **22 de noviembre de 2011 radicado 33083**, entre otras, como soporte jurisprudencial de esta decisión. Debe precisar la Sala que aun cuando la jurisprudencia citada corresponde a traslado respecto a personas

beneficiarias del régimen de transición, no obsta su aplicación al presente asunto dadas las similitudes y características que existen entre la posibilidad de afiliarse o trasladarse en los diferentes regímenes del sistema pensional.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente abordó el tema que ocupa la atención de la Sala, en la **Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838**, redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, obra copia de la solicitud de vinculación del **30 de marzo del 2.000** que da cuenta que el demandante fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con la **AFP Porvenir S.A.** (expediente digital, cuaderno del juzgado 04anexos). El documento fue suscrito por el demandante, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **Fernando Alonso Vargas Ramírez** se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Posteriormente, el demandante suscribió formulario de afiliación ante la **Administradora de Pensiones ING hoy Protección S.A.**, el 3 de julio de 2001, finalmente, el 19 de julio de 2003, suscribió de nuevo formulario de afiliación ante la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, fondo al que se encuentra afiliado en la actualidad. (expediente digital, cuaderno del juzgado 04 anexos)

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

No se denota que las entidades de Seguridad Social le hayan suministrado al demandante los datos y explicaciones del traslado respectivo; en efecto, brilla por su ausencia el acompañamiento desde la antesala de la afiliación, momento en el que 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, tales documentos son precarios 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 le falta menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radicado 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, 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 procedan a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, por lo tanto, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, y es por ello, que el valor de estas, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Respecto del ítem de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones en el que pretende que, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual incluidos los gastos de administración y comisiones del RAIS al RPM se realicen debidamente indexados, se tiene que, en el momento en el que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad el 30 de marzo del año 2.000 operó lo dispuesto en el literal A) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, lo que en términos de la declaratoria de ineficacia conllevaría a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, incluidos los valores que cobró el fondo privado a título de gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, como quiera que tales montos deben mantener su poder adquisitivo inicial.

Ahora, en relación a lo afirmado por el apoderado apelante concerniente a que la norma no contemplaba en la época de la afiliación requisitos o tramites por parte de la AFP de informar de manera

completa y comprensible al accionante, se tiene que, desde su fundación, las Sociedades Administradoras de fondos de Pensiones tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera a la afiliada elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, por consiguiente la Sala reitera que la carga de la prueba recae en la administradora de fondo de pensiones, y en el plenario no obra prueba que permita concluir que la entidad haya suministrado al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Para la Sala resulta pertinente aclarar que, el enriquecimiento sin justa causa y el cobro de lo no debido no operan en el presente proceso, toda vez que los aportes, rendimientos y los gastos de administración, no van a generar un enriquecimiento al accionante en detrimento económico de la AFP accionada debido a que en principio el accionante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y al haber sido declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a la omisión del deber de información de acuerdo con lo mencionado en las anteriores consideraciones y recursos de apelación resueltos, estas sumas a cargo de las administradoras de fondos de pensiones Porvenir S.A. y Protección S.A. serán devueltas al RPM administrado por Colpensiones, por lo que no opera el cobro de lo no debido.

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

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

Costas

Respecto de las costas, señala el numeral 1º del artículo 365 del CGP, que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, en favor del **demandante**, por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000) m/cte., como agencias en derecho, a sufragarse por cada una ellas.

Decisión

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICÁSE el numeral **tercero** de la **Sentencia No. 259 del 23 de noviembre de 2020**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, en lo siguiente:

“ORDENÁR a la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones de la demandante debidamente indexados.”

SEGUNDO: CONFÍRMASE la **Sentencia No. 259 del 23 de noviembre de 2020**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, en todo lo demás, por las razones aquí expuestas.

TERCERO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de las **Administradoras de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, y en favor del demandante, liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de esta instancia, la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000) m/cte., a sufragarse por cada una ellas.

CUARTO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado que dictó la sentencia de primera instancia.

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

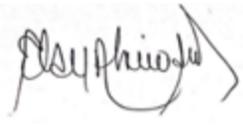
COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente



CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada