República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso:	**Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia**
Demandante	**AMPARO HERRERA FRANCO**
Demandados	**COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**
Radicación	**76001310500820200025101**
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 o interesada de tomar una opción que claramente le perjudica. 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 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. 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. La **compensación** y el **enriquecimiento sin justa causa** no operan en los procesos de ineficacia del traslado de régimen pensional. **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, **debidamente indexados**, durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS. La declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional procede toda vez que no obra en el plenario prueba alguna que permita a esta colegiatura el

	pleno convencimiento de que las AFP'S brindaron una asesoría completa al momento de que la demandante suscribió el formulario de afiliación con sendas administradoras demandadas, por lo tanto al no haber informado en debida manera a la accionante, esta no tuvo un conocimiento pleno de las mesadas pensionales que le correspondería con cada una de las AFPS demandadas. **El enriquecimiento sin justa causa** no opera en los procesos de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional. La acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo.

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de 2022, siendo el día previamente señalado, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a dictar sentencia, conforme los lineamientos definidos en el **numeral 1º del Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022**, en Segunda Instancia, en el proceso de la referencia.

En el acto, se proceden a **resolver los recursos de apelación** formulados por las **demandadas Protección S.A., Porvenir S.A.** y **Colpensiones** contra la **Sentencia No. 297 del 29 de octubre de 2020,** proferida por el **Juzgado Octavo 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. 289

Antecedentes

AMPARO HERRERA FRANCO presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES,** y las **Administradoras de Fondos de Pensiones y 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, la demandante señaló que, nació el 16 de marzo de 1960.

Afirmó que, estuvo afiliada al ISS hasta el 31 de agosto de 1995, aproximadamente, fecha en que presentó traslado de régimen, más concretamente a la AFP Colmena, hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.

Que, aproximadamente en diciembre de 1999, presentó traslado de AFP a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., que hoy se conoce como Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., donde permaneció afiliada alrededor de un año, y regresó a la AFP Protección S.A.

Que, al momento de la afiliación, se le informó que el fondo le entregaba mejores beneficios que los ofrecidos por el RPM, pero que jamás le hicieron, siquiera una comparación entre una pensión del Régimen de Prima Media y una de Ahorro Individual, ni le dieron a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, al punto

siquiera de poder llegar a desanimarla de tomar esa decisión si la encontraba perjudicial.

Afirmó que, presentó solicitud de traslado a Colpensiones, el 12 de septiembre de 2019, pero la entidad informó que no era procedente el traslado por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.,** se opuso a las pretensiones en contra de la entidad. En su defensa, propuso las excepciones de fondo denominadas: **Validez de la afiliación de la actora a protección; Ratificación de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; Prescripción; Compensación; Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; Buena fe de la entidad demandada administradora de fondos de pensiones y cesantía Protección S.A. y la Innominada o genérica.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Prescripción; Buena fe; Inexistencia de la obligación; Compensación y Genérica.**

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, contestó la demanda de forma extemporánea.

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 297 del 29 de octubre de 2020;** declarando no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; declarando la ineficacia del traslado que la demandante Amparo Herrera Franco, hizo del Instituto de Seguros Sociales Hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

E.I.C.E. a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y en consecuencia la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantía Protección S.A., deberá devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones E.I.C.E., todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones íntegras, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., deberá devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a esta AFP con cargo a su propio patrimonio; La demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones E.I.C.E.; las COSTAS estuvieron a cargo de PORVENIR S.A. Como agencias en derecho se fijó la suma de $2.800.000 a favor de la parte demandante.

Recursos de Apelación

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

Protección S.A., interpuso recurso de apelación parcial en contra del numeral tercero relacionado con la imposición de la devolución de gastos de administración a la entidad Protección S.A., del 16% del aporte que realizó la señora Amparo Herrera con la entidad Protección S.A., un 3% fue destinado a cumplir los gastos de administración que se encuentran debidamente establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003 durante todo el tiempo que la demandante ha estado afiliada con Protección S.A., la entidad ha representado los dineros que la misma ha depositado en su cuenta de ahorro individual, gestión que ha realizado con la mayor diligencia y cuidado y adicionalmente, la gestión de administración se ve evidenciada en los buenos rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante; por lo que, no es

procedente ordenar la devolución de gastos de administración teniendo en cuenta que se encuentran debidamente autorizados por la Ley y adicionalmente son gastos de administración ya causados.

Porvenir S.A., solicitó que, se revoquen los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida.

Afirmó que, no se debió declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional como quiera que, no se probó que faltaran elementos esenciales de ese acto jurídico, ni tampoco producir la nulidad del cambio de régimen, igualmente, no se acreditó que, para realizar estos actos jurídicos la demandante fuere una persona incapaz absoluta o que faltare algún requisito formal de su validez, lo que sin lugar a dudas, se ha presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen pensional necesariamente se catalogaría como nulidades relativas las cuales pueden ser expresa o tácita y están sometidos al fenómeno prescriptivo como ocurrió en el presente caso.

Sostuvo que, no se puede desvirtuar el consentimiento informado para su libre escogencia, que se materializó bajo la solicitud del Régimen Pensional y además los traslados de AFP y las asesorías que recibió del fondo de pensiones que representa y los demás fondos de pensiones a los que se hubiese trasladado de régimen pensional y además ejecutó varios actos que convalidaron su decisión de mantenerse en el RAIS y por ende toda la situación contradice la manifestación de la parte actora, en el sentido en que no fue asesorada o no recibió la información necesaria para el traslado de régimen pensional.

Indicó que, el traslado de régimen pensional estuvo en consonancia con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, la entidad igualmente realizó su afiliación, el derecho al retracto establecido en el artículo tercero del Decreto 1161 de 1994, también en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 reglamentado por el Decreto 3800 del mismo año, manifestó que

con la obligación de dar información, de mantener la información por escrito, se realizó mediante concepto de la Súper financiera del 21 de diciembre del 2015, donde también se realizó la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 20101 del 2015 donde se estableció que para la existencia del ISS no había obligación de mantener constancias escritas y realizar proyección de mesadas pensionales, y entendiendo que la parte actora se vinculó a la entidad en el año 1994, evidentemente no había la obligación de mantener constancias escritas pero por ese simple hecho no puede indicarse que Porvenir S.A., faltó al deber de información.

Precisó que, el hecho que la proyección de la mesada pensional no cumplió con la expectativa, no puede producir causal de nulidad e ineficacia del traslado de régimen pensional, como también lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 11 de noviembre de 2008, aunque no se aceptan las consideraciones del *A quo*, para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y tampoco lo manifestado por la parte actora en su escrito de demanda.

Que, la acción se encuentra prescrita de conformidad con el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, toda vez que, en el presente asunto se ha presentado la prescripción de la acción, teniendo en cuenta que la nulidad de los actos debe demandarse en un término de lo expresamente señalado por la Ley que en el presente caso no fue tenido en cuenta por la demandante.

En ese orden de ideas, sostuvo que, si se llegara a la conclusión que la vinculación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, generó nulidad relativa por vicios del consentimiento, cualquier declaración de nulidad o ineficacia, también se encuentra prescrita de conformidad con el artículo 1750 del C.C., insistió en que, debe darse aplicación a la prescripción, pues no se genera por la negación del derecho pensional como tal, sino que está encaminado a obtener la ineficacia del traslado de régimen pensional, al retornar el Régimen de

Prima Media con el propósito de obtener, no el derecho mismo, sino el mayor valor de la mesada pensional y por ende no puede mencionarse que el mayor valor sea imprescriptible en contra de la entidad,

Manifestó que, no podía ordenarse la devolución de los gastos de administración debidamente indexados; por cuanto, la entidad descontó de manera Legal conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los gastos de administración que operan no solo para el RAIS sino para el Régimen de Prima Media conforme al art. 20 de la Ley 100 de 1993, como en la sentencia se declara la ineficacia del traslado de régimen como si nunca hubiera nacido a la vida jurídica y volver a su estado original y a pesar de ello se ha conminado a la entidad a devolver los gastos de administración lo cual no es posible, toda vez que, se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta.

Afirmó que, los descuentos se causaron conforme a la Ley, por la buena gestión de administración y Colpensiones recibe los aportes como rendimientos que se ordenaron trasladar de Protección, sin que dicho fondo hubiera realizado gestión alguna para que estos se hubieran producido, y tan solo al momento de recibir el dinero el fondo público también tiene la obligación de descontar los gastos de administración al igual que los gastos que se ordenan trasladar a Porvenir S.A., por lo que se estaría patrocinando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y la parte actora, de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional el contrato de afiliación no se presentó y por ende los rendimientos de la cuenta no se causaron, ni tampoco puede indicarse que se deban trasladar gastos de administración.

Solicitó que, se declare probada la excepción de compensación teniendo en cuenta que, se declara la nulidad de la afiliación y la ineficacia de la misma y toda obligación del Régimen de Prima Media, por lo cual los rendimientos que la entidad trasladó a Protección deben compensarse precisamente con los gastos de administración que se están

ordenando trasladar a Porvenir S.A., en virtud del numeral segundo de la Sentencia dictada.

Indicó que, frente a los gastos de administración, también opera el fenómeno de la prescripción establecido en el art. 488 del CST y el artículo 151 del CPTSS, toda vez que, los gastos de administración no corresponden a los que pertenecen a los afiliados a ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia y por ende no puede predicarse que éstos sean imprescriptibles de manera que, sí se encuentran cobijados por el fenómeno de la prescripción establecido en las normas que se han indicado.

Así las cosas, indicó que, de confirmarse el numeral segundo de la ineficacia del traslado de régimen pensional, y ordenarse su retorno al Régimen de Prima Media y confirmarse que Protección debe devolver los valores ahorrados, debe revocarse el numeral concerniente a la condena por gastos de administración debidamente indexados.

Colpensiones, interpuso **recurso de apelación** solicitando que se revoque la sentencia, en lo atinente a que se debe regresar a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, afirmó que, la demandante pretende la nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. y Protección, regresar al Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy Colpensiones, ya cumplió con el requisito de edad para ser beneficiaria de la pensión por vejez y sin ser beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, la demandante en la actualidad cuenta con 60 años; por tanto, por disposición del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no es posible realizar el traslado de régimen cuando conforme a la citada norma, le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener

derecho a la pensión por vejez, en este caso ya se encuentra cumplida la edad del requisito.

Sostuvo que, la afiliación en el fondo privado se realizó en el ejercicio de la demandante a la libre escogencia del fondo de pensiones conforme precisamente al literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no puede predicarse la existencia de un error por vicio en el consentimiento de manera que no existen razones fácticas ni jurídicas para que la entidad considere afiliada a la que la entidad considera válidamente afiliada en otro fondo de pensiones por su libre escogencia.

Por su parte, manifestó, que la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-1024 del 2004, sentó el precedente jurisprudencial, en el entendido que, las personas que reúnen condiciones para ser beneficiario del Régimen de Transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quedándose trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no se hayan regresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida puedan regresar a este en cualquier tiempo conforme a los términos señalados por la Corporación en la Sentencia C-789 del 2002. Lo anterior, es aplicable para aquellos afiliados que se encontraban en el Régimen de Transición adquirido por los 15 años de servicios cotizados al momento de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, sin embargo, para este caso no aplica toda vez que la demandante no reúne los requisitos establecidos por la Honorable Corte Constitucional de la misma manera lo establecido en por la Corte en la SU 130 de 2013 y la SU 182 de 2013, entre otras, de criterio jurisprudencial.

Concluyó que, aun impera la regla general contenida en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 para este caso, el cual refiere a aquellos que les hacen falta diez años o menos para adquirir la pensión no podrán trasladarse de régimen tendiendo por tanto la demandante que sujetarse a las normas que gobiernan su situación; adicionalmente, no quedó demostrado en el plenario que, la demandante haya sido engañada al tomar una decisión

desfavorable a sus intereses, más cuando ha permanecido en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por muchos años, incluso trasladándose de fondo de pensiones en el mismo régimen.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver **los recursos de apelación** interpuestos por las demandadas **Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; Protección S.A.** y **Colpensiones,** 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,** debido a 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 DUEÑAS[1].

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 **demandante Amparo Herrera Franco** se afilió a **Colpensiones** y posteriormente, se trasladó de régimen pensional a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A.** el 25 de abril de 1994 (fl. 56 del expediente digital, cuaderno del juzgado, 16 contestación Porvenir 202000251); ***(ii)*** la **demandante** el 4 de enero de 1995, diligenció formulario de afiliación ante ING Pensiones y Cesantías (fl. 56 del expediente digital,

[1] "La Nación sí garantiza el pago de las pensiones, se itera, del régimen de prima media con prestación definida, de forma que debe surtirse 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.".

cuaderno del juzgado, 16 contestación Porvenir 202000251); ***(iii)*** la **demandante** el 6 de junio de 2001, diligenció formulario de afiliación ante la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (Fl. 13 pruebas documentales Protección 2020 0025100); ***(iv)*** la **demandante** el 1 de diciembre de 1.999, diligenció formulario de afiliación ante la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Horizonte, hoy Porvenir S.A. (fl. 56 del expediente digital, cuaderno del juzgado, 16 contestación Porvenir 2020 00251); y, ***(iv)*** la ***demandante,*** el 12 de septiembre de 2019, diligenció el formulario de afiliación al Sistema General de Pensiones ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la entidad a través de Resolución 2019_12335028-20653095 del 12 de septiembre de 2019, respondió negando la solicitud. (fls. 91 y 92 del expediente digital, cuaderno del juzgado, 03 demanda anexos 2020 0025100).

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar: ***(i)*** si el traslado de régimen de la demandante es inválido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliada en el **RAIS**; la posibilidad de retracto y la información sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de faltarle 10 años para pensionarse. Y en atención al recurso de apelación se determinará si resulta procedente: ***(ii)*** la ineficacia del traslado de régimen pensional, como quiera que: ***(ii.i)*** no se probó que faltaren elementos esenciales del acto jurídico, ni tampoco producir la nulidad de cambio de régimen; ***(ii.ii.)*** la demandante no es una persona incapaz absoluta o que faltare algún requisito formal de validez; ***(ii.iii.)*** no se trasladó de AFP, y las asesorías que recibió del fondo de pensiones convalidaron su decisión de mantenerse en el RAIS; ***(ii.iv.)*** en el presente proceso opera la prescripción; ***(ii.v.)*** la demandante pretende un mayor valor de mesada pensional; ***(ii.vi.)*** la demandante cumplió con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión por vejez y no es beneficiaria del régimen de transición; ***(iii)*** el traslado de los gastos de administración

debidamente indexados, máxime porque generan un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y Colpensiones; ***(iv)*** la compensación de rendimientos y gastos de administración; y, ***(v)*** la prescripción de los gastos de administración.

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 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a las personas afiliadas sobre la posibilidad de **retractarse;** obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece

que "…*las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados (as) el derecho a retractarse*…" que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

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

Se remite la Sala a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del **22 de noviembre de 2011 radicado 33083,** entre otras, como soporte jurisprudencial de esta decisión. Debe precisar la Sala que aun cuando la jurisprudencia citada corresponde a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, no obsta su aplicación al presente asunto dadas las similitudes y características que existen entre la posibilidad de afiliarse o trasladarse en los diferentes regímenes del sistema pensional.

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

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido*

consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio 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 solicitud de afiliación que da cuenta que, el 25 de abril de 1994, la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la **AFP Porvenir S.A.** (fl. 56 del expediente digital, cuaderno del juzgado, 16 contestación Porvenir 2020 00251).

Aunado a lo anterior, tal y como se estableció en hechos probados, luego, la demandante el 4 de enero de 1995, diligenció formulario de afiliación ante ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A. (fl. 56 del expediente digital, cuaderno del juzgado, 16 contestación Porvenir 2020 00251), posteriormente, el 1 de diciembre de 1.999 diligenció de nuevo formulario de afiliación ante la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 56 del expediente digital, cuaderno del juzgado, 16 contestación Porvenir 2020 00251) y finalmente, la **demandante** el 6 de junio de 2001, diligenció formulario de afiliación ante la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (S.F. expediente digital, cuaderno del juzgado, 13 pruebas documentales Protección 2020 0025100).

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 Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. e ING, hoy 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 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 debieron mostrarle los pros y contras de la decisión trascendental que iba a tomar; dicha gestión puede quedar en evidencia, por ejemplo, con las proyecciones matemáticas, que sustentan el valor de la mesada que hubiera tenido en ambos regímenes, entre otras.

Tampoco se observa constancia que se le haya entregado el Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de las Administradoras de Pensiones, que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes; y mucho menos reposa la comunicación que por escrito las AFPS debieron dirigir a la demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando a la afiliada le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre 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, a**sí como los derechos que emanen de tal declaratoria.

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.** A su vez, se indica que, no procede la compensación en el presente proceso, como quiera que, las administradoras demandadas no han reconocido prestación económica alguna a la parte demandante que permita declararla, todos los valores referidos con anterioridad se trasladan conforme a la declaratoria de ineficacia y sus respectivos efectos.

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 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.

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 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, **el valor de estas, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los gastos de**

administración debidamente indexados, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

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 de la **actora**, ni de **Colpensiones**.

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 de la demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que la demandante ha mantenido 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 1° 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 consecuencia. En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, por no haber salido avante en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de DOS MILLONES DE PESOS ($2'000.000) m/cte., como agencias en derecho, a cargo de cada una de las entidades.

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. 297 del 29 de octubre de 2020,** proferida por el **Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de **las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Protección S.A.,** y la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y en favor de la demandante **Amparo Herrera Franco**, liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de esta instancia, la suma de DOS MILLONES DE PESOS ($2'000.000) m/cte., a cargo de cada una de las entidades.

TERCERO: 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