



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	JANETH CORONEL SOLARTE
Demandados	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S. A. y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS.
Radicación	760013105001202200422 01
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	Deber de información: En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. Las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado toda la información respecto de los aspectos positivos y negativos del traslado de régimen sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse. Respecto al <u>traslado de los aportes y rendimientos financieros</u>, así como los <u>gastos de administración</u>, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P. CLARA CECILIA DUEÑAS. 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. 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> Procede la condena en costas, en primera y segunda instancia, en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, cuando la parte ejerce oposición y resulta vencida en juicio.
--	---

En Santiago de Cali, a los diecinueve (19) días del mes de diciembre 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 procede a **resolver el recurso de apelación** formulado por la **demandada Porvenir S. A.**, contra la **Sentencia 186 del 23 de septiembre de 2022**, 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 CPTSS.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por 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. 436

Antecedentes

JANETH CORONEL SOLARTE, presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, la **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías**, con el fin que se declare la **nulidad** de su vinculación o traslado, al Régimen de Ahorro Individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.; la **nulidad** de su vinculación o traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado actualmente por COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS; como consecuencia de lo anterior, se ordene su regreso automático al Régimen de Prima Media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de los valores de su cuenta de ahorro individual; a COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de los valores de su cuenta de ahorro individual y, finalmente pide se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, la actora señaló que, nació el 4 de diciembre de 1965, contando en la actualidad con 56 años de edad; que realizó cotizaciones al ISS, -Régimen de Prima Media- desde el 20 de marzo de 1986.

Que, en el año 1995, encontrándose afiliada al Régimen de Prima Media administrado por el Seguro Social, de la empresa en la que estaba laborando, le informaron que todos debían de estar afiliados a la AFP HORIZONTES hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., fondo con el que la empresa empezaría a realizar los aportes.

Señaló que, los argumentos que le fueron presentados por los

funcionarios de Gestión Humana de la Empresa en la que laboraba, fue en forma grupal a todos los empleados, eran las mismas que para el momento según información de ellos, eran la que manejaban todos los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual, *“que le convenía más trasladarse al Régimen de Ahorro Individual porque se iba a pensionar anticipadamente, con unas mejores condiciones económicas, pues sus aportes producían dividendos e intereses que incrementarían el capital y se pensionaría con una mesada más alta y si deseaba a menor edad, además de hacer énfasis en que el Seguro Social iba a quebrar y desaparecer y entonces perdería todas las cotizaciones realizadas y bonos pensionales que estaban a cargo del Régimen de Prima Media del ISS”*, sin mostrarle por parte del fondo privado un cuadro comparativo de las ventajas y desventajas entre los Regímenes Pensionales que les haya pasado el Fondo Horizontes hoy PORVENIR S.A.

Que, motivada por unas supuestas mejores condiciones ofrecidas por la A.F.P. y atemorizada por perder las cotizaciones realizadas si continuaba en el Régimen de Prima Media, y de perder su empleo por no acogerse al traslado, el 1 de agosto de 1995, efectuó su traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado a través de la AFP HORIZONTES, hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., donde continuó efectuando sus aportes al Sistema General de Pensiones, bajo la modalidad de trabajadora dependiente.

Adujo que, por instrucciones de su empresa de trabajo, realizó traslado dentro del mismo régimen a COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTIAS., donde hoy día continua efectuando aportes, encontrándose en este momento activa bajo el empleador AUTO ORION S.A.

Que, para realizar el traslado inicial al fondo privado, no fue asesorada por un funcionario de la AFP HORIZONTE S.A. hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., ya que fue la misma empresa por medio de Gestión Humana, con parámetros del Fondo Privado, quien le reafirmó todos los anteriores

beneficios, además de mejores dividendos e intereses al dinero de aportes realizados, ratificándole que para ella, lo más conveniente para pensionarse por vejez era continuar en el Régimen de Ahorro Individual, de igual manera sucedió con la afiliación dentro del mismo Regimen con el Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A., por lo que decidió abstenerse de tramitar su traslado al Régimen de Prima Media del ISS, perdiendo la oportunidad de hacerlo antes de que le faltara mínimo (10) diez años de la edad exigida para pensionarse por vejez.

Solicitó el 29 de marzo del 2022 ante LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y el 6 de julio de 2022 ante COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS, el traslado de Régimen para regresar al de prima media, encontrándose con una cantidad de obstáculos e impedimentos por exigencias de trámite y al fin obteniendo la negativa por parte de los fondos, por faltarle menos de diez años para pensionarse.

Que, el 6 de julio de 2022, solicitó a COLFONDOS S.A., le realizara una simulación pensional para conocer el monto de su pensión de vejez de acuerdo con la Ley 797 del año 2003, al cumplimiento de sus 57 años, fecha en la cual completa los requisitos para pensionarse con esa entidad; y luego de conocer a través de la simulación estos valores encontró que las condiciones ofrecidas por COLFONDOS S.A., eran un engaño y que había sido burlada en su buena fe por COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS, pues el valor de la mesada es considerablemente inferior a los aportes que viene efectuado.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de esta acción, salvo a las pretensiones 1º a 4ta, y propuso las excepciones de fondo: **“LA INNOMINADA”**, **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO”**, **“BUENA FE”**, **“PRESCRIPCION”** y la de **“COMPENSACION”**.¹

¹ Negrillas y mayúsculas don propias del texto

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas en el escrito de demanda, y en su defensa propuso las excepciones perentorias de: **“PRESCRIPCION”, “PRESCRIPCION DE LA ACCION DE NULIDAD”, “COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION”** y la de **“BUENA FE”**².

COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTIAS, se opuso a todas las pretensiones incoadas en la demanda, salvo la primera y cuarta y, en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA”, “PRESCRIPCION”, “BUENA FE”, “VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD”, “FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA”, “COMPENSACION Y PAGO”, “PETICION ANTES DE TIEMPO”, “OBLIGACIÓN A CARGO EXCLUSIVAMENTE DE UN TERCERO”, “PRESCRIPCIÓN DE DEVOLUCIÓN DE COMISIÓN O GASTOS DE ADMINISTRACIÓN”** y la **“INNOMINADA o GENÉRICA”**.³

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia 186 del 23 de septiembre de 2022**; declarando no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas; declarando la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., realizado por JANETH CORONEL SOLARTE en el año de 1995, y su traslado posterior a COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS, declarando que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con

² Negritas y mayúsculas propias del texto

³ Negritas y mayúsculas propias del texto.

Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenando a COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS, devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, así como 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 de la demandante, valores estos que deberá devolver debidamente indexados; condenado a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver al sistema 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 de la demandante, valores estos que deberá devolver debidamente indexados; ordenando a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que admitiera nuevamente a la señora JANETH CORONEL SOLARTE, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la misma, sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales y, condeando en costas a las demandadas.

Recurso de Apelación

La apoderada judicial de la **demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación, pide se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y se revoquen todas las condenas impuestas.

En su extenso recurso, señaló que, dio cumplimiento cabal al deber de información como estaba dispuesto en el momento en que se dio la vinculación de la actora, sin que se pudiera aplicársele, de manera

retroactiva, unos desarrollos normativos y jurisprudenciales al deber de información, no se tuvo por cumplido el deber de información a su cargo, cuando para esa época, no le existía ningún deber que así lo dispusiera, que la situación de la demandante, año 1995, estaba únicamente obligada a cumplir los lineamientos de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, sin que pudiera entonces aplicarse ultra, normatividad o jurisprudencia diferente a ésta.

Que, en el expediente obra la plena prueba de la asesoría a la demandante, que es el formulario de afiliación, que permite evidenciar que la vinculación que ésta hizo con Porvenir, se dio con el requisito legal y por tanto, produjo una expresión de la voluntad de la demandante, de haberse afiliado de manera libre y voluntaria, expresión de la cual quedó constancia en dicho formulario, justo en la leyenda que así lo establece.

Que, no se podía eximir a la afiliada del deber que le asistía de concurrir suficientemente informada del acto de afiliación, de indagar sobre su situación pensional, de examinar la normatividad vigente que es de público conocimiento, simplemente con el argumento que a Porvenir le asiste una carga informativa, situación que en este caso no se dio porque la demandante se mantuvo equisiente frente a las condiciones y características propias del régimen, efectuando aportes obligatorios, beneficiándose de rendimientos de cuenta, posibilidad de pensionarse de manera anticipada, sin que durante el tiempo de su afiliación efectuara algún tipo de requerimiento a Porvenir, o queja, a efectos de manifestar cualquier situación que se hubiera dado en relación a su traslado, ya que siempre ha mantenido permanente comunicación con la demandante.

Que, su verdadera inconformidad no es con la ausencia del deber de información, sino con las diferencias aritméticas de las mesadas pensionales que recibiría en uno u otro régimen, dado que, es solamente cuando ya se encuentra ad portas de consolidar su derecho pensional,

que indica tener algún tipo de reparo frente a su afiliación y dicha situación no es suficiente para declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación, por cuanto, en Colombia, coexisten ambos régimen pensionales, ambos tienen unas formas propias en el reconocimiento pensional y, es la demandante misma que, con su firma impuesta en el formulario, tomó la decisión de vincularse aceptando con ello todas las características y condiciones del régimen al cual se encuentra válidamente vinculada.

Que, hizo falta una apreciación integral del material probatorio, que incluía analizar estos actos efectuados por la demandante como el traslado horizontal entre Porvenir y Colfondos en el año 1997, dándole los efectos de indicios probatorios, de acuerdo como lo establece la sentencia de 2021, no era posible declarar la ineficacia solicitada, pero tampoco lo era dar las ordenes siguientes atinentes a la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que la afiliación se dio con el lleno de los requisitos legales.

Que, la condena no es acorde con los artículos 1746 y 1747 del C.C., toda vez que, allí se establecen los términos de las restituciones mutuas cuando un acto jurídico es nulo, puede ordenarse devolver a Colfondos, aportes y rendimientos que ya habían sido transferidos por Porvenir a esa AFP desde el año 1997, al tiempo que se le ordena a Porvenir devolver los gastos de administración, sumas que utilizó para invertir estos bienes en su administración y generarles rentabilidad o unas mejoras al bien administrado de propiedad de la demandante, máxime cuando estos descuentos se hicieron conforme a mandato legal art. 20 de la Ley 100 de 1993, y son rubros que ya no se encuentran en su poder porque fueron utilizados, los gastos de administración nunca tuvieron la finalidad de financiar prestación económica alguna en favor de la actora y mucho menos hicieron parte del propio patrimonio de la demandante, incluso, en el evento de considerarse que la demandante estuvo afiliada en el régimen de prima media, debe considerarse que en ese régimen también se efectúan descuentos por el concepto de gastos

de administración, porque la condena en ese sentido solamente supondría un enriquecimiento sin justa causa a costa de Porvenir.

Que, no era procedente la orden de indexar este rubro, como quiera que, de acuerdo al funcionamiento propio del régimen individual, la pérdida del poder adquisitivo del dinero en el tiempo, se compensa a través de los rendimientos de cuenta, que ya el Despacho había ordenado devolver por parte de Colfondos, de manera que, al ordenar la devolución de estos rendimientos, al tiempo que la indexación, se está sometiendo a Porvenir a un doble cobro, el cual no tiene mérito, toda vez, que resultaría más lesivo y afectaría de manera flagrante su patrimonio, al ordenarsele una condena que no tiene ningún acidero jurídico y que por lo tanto no sería procedente.

Reclama que, se tenga en cuenta la prescripción de este tipo de procesos judiciales, así como declarar probadas las excepciones propuestas en el escrito de demanda, revocar en su integridad la presente providencia y absolver de las condenas que le fueron impuestas.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver el **recurso de apelación** interpuesto por la **demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR 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 CPTSS, 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, V. gr. Sentencia STL-7382 – 2015 (40200), M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS.

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) JANETH CORONEL SOLARTE** nació el 4 de diciembre de 1956 (Archivo No. 1 del expediente digital); **(ii)** realizó cotizaciones al ISS, -Régimen de Prima Media- desde el 20 de marzo de 1986 (Archivo No. 7 del expediente digital); **(iii)** el 14 de julio de 1995, solicitó su traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado a través de la AFP HORIZONTES, hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.; posteriormente, el 4 de diciembre de 1996 se trasladó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS (Archivos No. 7 y 8 del expediente digital); **(iv)** el 29 de marzo del 2022 solicitó a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y el 6 de julio de 2022 a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el traslado de Régimen para regresar al de Prima Media (Archivo No. 1 del expediente digital); **(v)** peticiones que fueron despachadas de manera desfavorable por parte de los fondos, por faltarle menos de diez años para pensionarse (Archivo No. 1 del expediente digital); y, **(vi)** el 6 de julio de 2022, solicitó a COLFONDOS S.A., le realizara una simulación pensional para conocer el monto de su pensión de vejez de acuerdo con la Ley 797 de 2003, al cumplimiento de sus 57 años, fecha en la cual completa los requisitos para pensionarse con esa entidad (Archivo No. 1 del expediente digital).

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si: **I)** 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 afiliado en el **RAIS**; e igualmente analizar si resulta

procedente: **II)** la ineficacia del traslado de régimen pensional toda vez que, la actora no ejerció su derecho al retracto; **III)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que la actora se ha ratificado a través de la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad todos estos años; **IV)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, la actora se encontraba a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional; **V)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, la acción está prescrita; y, **VI)** el traslado de los gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual del afiliado, del RAIS al RPMPD.

Análisis del Caso

Ineficacia de Traslado

El traslado, como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto 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...”, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado, deber que, no se demostró en el proceso, hubiera sido acatado al momento del 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, por ello, 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 puede extraer de las documentales aportadas que, la demandante diligenció formulario de afiliación **el 14 de julio de 1995**, con fecha de efectividad **a partir del 1º de agosto siguiente**, siendo trasladada del **RPM** al **RAIS** con la **AFP PORVENIR S.A.**; luego suscribió formulario de afiliación con la **AFP COLFONDOS S.A. el 4 de diciembre de 1996** donde se encuentra vinculada en la actualidad.

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 COLFONDOS 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.

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 SELECCIÓN Y AFILIACION**”, que refiere que la escogencia de ese régimen lo hace de forma **libre, espontánea, y sin presiones**, circunstancias estas tres, muy diferentes a lo relacionado con haber suministrado la información suficiente al afiliado sobre las consecuencias positivas y negativas del traslado.

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 ignoraba la incidencia que aquella podía tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple y fría expresión genérica pre impresa en un formato.

Tampoco se denota una constancia 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 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 al afiliado le faltan menos de 10 años para alcanzar

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

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

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

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

Además, recuerda también la Corte que, la ineficacia ocasionada al momento de traslado de régimen no se convalida **ni con los sucesivos traslados de fondos estando en el interior del mismo régimen, ni con 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 **COLFONDOS S.A.**, que proceda a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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., en razón de lo cual, se confirmará, la sentencia, por este aspecto.

Como quiera que, COLPENSIONES, deberá actualizar la historia laboral de la actora, al momento de cumplirse la orden anterior, la administradora de fondo de pensiones del RAIS, deberá indicar debidamente discriminados, los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se concede el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de su notificación, y, una vez recibidos, por la **Administradora Colombiana de Fondos de Pensiones – Colpensiones**, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la actora su historia laboral, en razón de lo cual se adicionará la sentencia por este aspecto.

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 de la actora 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**.

De acuerdo al ítem del recurso de apelación, que concierne sobre si el traslado de régimen pensional vulnera la sostenibilidad financiera de

Colpensiones, la presente Colegiatura se adhiere al criterio expuesto en la Sentencia SL 2877 del 2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se estableció que, la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional no vulnera el principio de sostenibilidad o estabilidad 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.

Finalmente, la arbitraria e improbadamente manifestación sobre la presunta afectación a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones por la declaratoria de ineficacia, bajo la vacía afirmación que se pone en peligro el Derecho Fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados, no pasa de ser una mera suposición, pues si bien el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado, ello no riñe con las consecuencias del indebido proceder de los fondos, menos aun cuando están en juego además de estos derechos, valores fundantes del estado mismo, como lo son, la solidaridad, la dignidad humana y el respeto por el trabajo del ser humano, que durante su vida laboral activa entregó toda su fuerza de trabajo y aportó para vivir dignamente en su vejez, sin que por ello se ponga en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

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 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

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 las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., se mantendrá al haber sido vencidas en juicio, siendo liberalidad juez, analizar en cada caso concreto las circunstancias de la misma, para imponer los montos a cada una de las condenadas, sin que necesariamente tengan que ser iguales para todas; razón por la que se confirmará lo relacionado a la condena en costas a las demandadas.

En ese orden, las **Costas** en esta instancia estarán a cargo de **PORVENIR S.A.**, por no haber salido avante en su recurso de apelación, incluyendo la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4'000.000) m/cte., como agencias en derecho.

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: ADICIÓNASE la **Sentencia 186 del 23 de septiembre de 2022**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, en el sentido de:

“Las **Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías**, al momento de cumplir la orden impartida, deberán discriminar los

conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se concede el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de su notificación, y, una vez recibidos, por la **Administradora Colombiana de Fondos de Pensiones – Colpensiones**, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar a la actora su historia laboral.”, por las razones aquí expuestas.

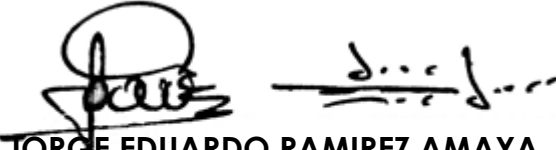
SEGUNDO: CONFÍRMASE, en todo lo demás, la **Sentencia 186 del 23 de septiembre de 2022**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, conforme a las razones expuestas.

TERCERO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a favor de la demandante, y a cargo de **PORVENIR S.A.**, por no haber salido avante su recurso de apelación, incluyendo la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4'000.000) m/cte., como agencias en derecho.

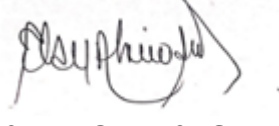
CUARTO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

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

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente


CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada