



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso:	Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	SANDRA OCAMPO LUCIO
Demandados	COLPENSIONES- EICE., COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL PENSIONES y CESANTIAS, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Radicación	76001310501720180049601
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	<p>Deber de información: En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.</p> <p>Las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar a la afiliada toda la información respecto de los aspectos positivos y negativos del traslado de régimen sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse.</p> <p>Las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber que de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retractarse; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado.</p> <p>Respecto al <u>traslado de los aportes y rendimientos financieros</u>, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del 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</p>

	<p>irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, resulta imprescriptible.</p> <p>Procede la condena en costas a la AFP Porvenir S.A. en segunda instancia, y en Primera Instancia en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, toda vez que ejerció oposición y fue vencida en juicio.</p>
--	---

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 proceden a **resolver los recursos de apelación** formulados por las demandadas **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones** contra la **Sentencia No. 086 del 14 de mayo de 2019**, proferida por el **Juzgado Diecisiete 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

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

Fueron presentados por la parte **demandante**, 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. 254

Antecedentes

SANDRA OCAMPO LUCIO presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES y CESANTIAS S.A., OLD MUTUAL PENSIONES y CESANTIAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, con el fin que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de todos los aportes y rendimientos. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen, de los hechos, la demandante señaló que, nació el 15 de octubre de 1962.

Que inicialmente estuvo afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones.

Que el promotor de ventas o asesor comercial de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías *“quien muy probablemente no tenía ninguna preparación profesional o técnica en temas financieros y pensionales”*, no le explicó de manera clara y detallada, teniendo en cuenta que no es conoedora de esos temas, los pros y los contra o las ventajas y

desventajas de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues aquel se dedicó a venderle sueños de un mejor futuro para su vejez, con lo cual la indujo al error.

Que jamás le indicaron cuanto era el capital mínimo requerido para financiar una pensión de vejez en el RAIS, tampoco le explicó sobre el derecho a retractarse de su afiliación, ni le mostró cálculos o simulaciones de las pensiones que podía alcanzar en los diferentes regímenes pensionales para que ella pudiera comparar y decidir sin lugar a equívocos en cuál de ellos le resultaba más favorable y conveniente estar afiliada.

Que se vinculó en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con Cesantías y Pensiones Colmena AIG S.A. (hoy Protección S.A.), en agosto de 1.999; con ING (hoy Protección S.A.), a principios del año 2.000; con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a mediados del año 2011; con Skandia Pensiones y Cesantías S.A. (hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.), a finales del año 2012, pero luego retornó en julio de 2013 a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., donde ha permanecido afiliada hasta la fecha, aclarando que en otras oportunidades tampoco recibió información suficientemente clara por parte de esas entidades sobre las ventajas o desventajas de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no le indicaron cuanto era el capital mínimo requerido para financiar una pensión de vejez en el RAIS, no le explicaron sobre el derecho de retractarse de sus afiliaciones, tampoco le suministraron ningún tipo de cálculo o simulación que le hubiere permitido comparar y decidir si le resultaba más favorable retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida o continuar en el RAIS.

Afirmó que, Colmena Pensiones y Cesantías, fue absorbida en el año 2.000 por Davivir, la que posteriormente fue absorbida por Santander, la que luego fue comprada en el año 2007 por ING., y finalmente ésta se fusionó,

a finales del año 2012, con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Afirmó, que Skandia Pensiones y Cesantías S.A., cambió su nombre al de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.

Que, ha cotizado hasta la fecha aproximadamente 1.875 semanas en el Sistema General de Pensiones.

Que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., mediante comunicación del 3 de mayo de 2018, le realizó simulaciones de la pensión de vejez en la modalidad de “*retiro programado*”.

Que el 5 y 6 de julio del 2018, radicó ante la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, reclamaciones administrativas tendientes a obtener la declaratoria de nulidad de sus afiliaciones a las diferentes administradoras privadas de fondos de pensiones a las cuales estuvo vinculada y/o ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con fundamento en la normatividad vigente, la línea jurisprudencial que impera sobre dicho tema y por el hecho de que dichos fondos de pensiones no cumplieron con el deber de brindarle información completa y comprensible sobre la materia.

Que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., mediante comunicación del 9 de julio de 2018 con rad. 0103802043905700, respondió que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación al RAIS, por cuanto ella firmó en señal de aceptación el formulario de vinculación, luego de haber recibido en forma verbal la asesoría correspondiente; además, refiere que realizó actos de ratificación cuando se trasladó a otras administradoras privadas de

fondos de pensiones; por último, señaló que la facultad de declarar la nulidad deprecada que se encuentra reservada única y exclusivamente a los Jueces de la República.

Que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección mediante comunicación del 19 de julio de 2018 con rad. No. CAS-2870783-V0M7R8, manifestó que, no era procedente acceder a la solicitud elevada de declarar la nulidad de la afiliación a la entidad, por cuanto la misma se presume legal y solamente puede desvirtuarse ante autoridad competente.

Que Old Mutual Pensiones y Cesantías, mediante comunicación del 25 de julio de 2018, respondió que, no era posible aceptar la reclamación de nulidad de su afiliación a la entidad, por cuanto la misma se realizó de manera legal y con posterioridad a los 49 años de edad; además, señaló que no existe mecanismo que le permita a la entidad realizar dicha acción, máxime cuando ya trasladó todos sus aportes a otro fondo de pensiones.

Que Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, mediante comunicación del 27 de julio de 2018, le negó la solicitud de declaratoria de nulidad de afiliación a esa administradora de pensiones, argumentando que, su asesor le explicó las condiciones propias de ese régimen pensional y que ella en el formulario de afiliación que firmó libre y voluntariamente manifestó entender y aceptar las mismas.

Que el 5 de julio de 2018 ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones reclamación administrativa tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y/o la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la declaratoria de que ella tiene derecho a estar válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como también la orden de aceptación del traslado de sus aportes y respectivos rendimientos, para que sean

incluidos en su historia laboral y se tengan en cuenta para el cálculo de su mesada pensional.

Que la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, mediante comunicación fechada del 5 de julio de 2018, no accedió a lo solicitado luego de citar varias normas y circulares expedidas por diferentes entidades, resaltando que, solamente podían acceder a la anulación del traslado de régimen pensional, cuando se compruebe que se cometió falsedad en el formulario de afiliación o que el empleador lo hubiere afiliado sin su consentimiento.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, se opuso a todas las pretensiones presentadas en la demanda, como quiera que, el traslado de afiliación de régimen de la demandante no estaría viciada de nulidad, la demandante suscribió formato de afiliación de AFP Colfondos S.A. cumpliendo con lo expresado en el literal b del art. 13 de la Ley 100 de 1993, decidiendo en su momento trasladarse al RAIS de forma libre y voluntaria. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Inexistencia de causal de nulidad; Validez de la afiliación; Legalidad del acto administrativo; Buena fe de la entidad demandada; Innominada o genérica y Prescripción.**

Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que, la afiliación de la actora ante el RAIS, se realizó con el lleno de requisitos legales que se debían cumplir ante la entidad y por ende la afiliación se ejecutó de manera libre, espontánea y sin presiones. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Prescripción; Prescripción de la acción de nulidad; Inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; Validez del traslado de la parte actora al RAIS a través de la vinculación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.; Ratificación del traslado al Régimen de Ahorro Individual con**

Solidaridad; Compensación; Buena fe de la entidad Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y la Innominada o genérica.

La **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a todas las pretensiones dirigidas en contra de la entidad, toda vez que, la misma tiene plena validez toda vez que no se configuró vicio en el consentimiento, puesto que, la señora Sandra Ocampo Lucio de forma autónoma y mediando consentimiento exento de vicios (error, fuerza o dolo), suscribió el formulario en el cual se hace expresa mención sobre las circunstancias de haber signado el documento en forma libre y voluntaria. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Prescripción; Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; Buena fe; Prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; Ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada; Enriquecimiento sin causa y la Innominada o genérica.**

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

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 086 del 14 de mayo de 2019**; declarando no probadas las excepciones formuladas por Colpensiones; declarando no probadas las excepciones formuladas por Colfondos S.A.; declarando no probadas las excepciones formuladas por Porvenir S.A.; declarando no probadas las excepciones formuladas por Protección S.A.; declarando no probadas las excepciones formuladas por Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.; declarando la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora Sandra Ocampo Lucio de condiciones civiles conocidas en autos con Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Colmena Pensiones y Cesantías S.A. hoy Protección S.A.; Skandía Pensiones y Cesantías hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías y Porvenir S.A., en los años 1996, 1999, 2001, 2012 y 2013 respectivamente retornando en consecuencia, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden; condenando a Porvenir S.A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora Sandra Ocampo Lucio de condiciones civiles conocidas en el plenario, en la forma como lo prevé el art. 2.2.2.4.7. del DUR 1833 de 2016, incluyendo el valor correspondiente al porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima y la totalidad de los rendimientos habidos en la cuenta de ahorro individual; Disponiendo que la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones reciba la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora Sandra Ocampo Lucio de condiciones civiles conocidas en el plenario, en la forma como lo prevé el art. 2.2.2.4.7. del DUR 1833 de 2016, incluyendo el valor correspondiente al porcentaje al Fondo de Garantía de pensión mínima y la totalidad de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante; absolviendo a Colpensiones de la condena en costas en su contra; condenando en costas a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Skandía Pensiones y Cesantías, hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y Porvenir S.A., por haber sido vencidas en juicio fijando como agencias en

derecho una suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de las demandadas y a favor de la demandante.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión, impugnaron la apoderada judicial de la parte demandada **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, y el apoderado de la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**.

La apoderada de **Porvenir S.A.**, sostuvo que, la demandante al efectuarse el traslado a Porvenir S.A., reconoció que recibió toda la información necesaria y requerida respecto al Régimen de Ahorro Individual y sus diferencias con el Régimen de Prima Media al momento de la afiliación con la entidad.

Que la afiliación ante la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones, por lo anterior, no procede el traslado de régimen, afirmó, que también se debe tener en cuenta que conforme a la Ley 797 de 2003, no es posible su traslado debido a que a la demandante le faltan menos de diez años para alcanzar su edad pensional, igualmente, brilla por su ausencia dentro del plenario que la parte actora haya manifestado las inconformidades que manifiesta, pues, no obra en la base de datos de la entidad, ni en el expediente prueba sumaria alguna que dé cuenta que la actora estuvo inconforme con su decisión al trasladarse, pues, no interpuso queja, petición o reclamo alguno en relación con el funcionamiento del RAIS y como se reconocen las pensiones, la información brindada por los asesores comerciales o la aclaración de la información contenida en sus extractos como tampoco ejerció su derecho al retracto, derecho que en su oportunidad la demandante no ejerció a pesar de haber sido informada del mismo.

Se opuso al traslado de la totalidad de los aportes y rendimientos financieros, puesto que, la obligación de la entidad es asegurar el traslado de lo efectivamente cotizado por la demandante sobre el IBC reportado, debe operar la prescripción, debido a que, no está en riesgo el derecho pensional de la demandante sino un mayor valor de su mesada pensional.

Frente a las costas, afirmó, que no existe presupuesto de hecho y de derecho para conminar en contra de la entidad, ya que ha actuado de buena fe con rectitud y ha procedido conforme a los derechos de amparo de Ley de las diferentes solicitudes que ha presentado la parte demandante, solicitó que se revoque el fallo proferido y se absuelva a la entidad.

Colpensiones, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, en el sentido que la demandante Sandra Ocampo Lucio no cumple con lo establecido en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, para lo cual no es dable de acuerdo a la Ley efectuar el traslado para lo cual la entidad está en la obligación de recibir conforme a la Sentencia proferida.

Solicitó que se revise la providencia con la finalidad de que se absuelva a la entidad.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, respecto de la **Sentencia No. 086 del 14 de mayo de 2019**, proferida por el juez de 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)** la demandante **Sandra Ocampo Lucio** se afilió a Colpensiones, y posteriormente se trasladó de régimen pensional a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías suscribiendo el formulario de afiliación el 6 de noviembre de 1996 tal y como se visualiza a fls. 381 y 382 del expediente; **(ii)** la demandante se trasladó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colmena suscribiendo el formulario de afiliación el 25 de agosto de 1.999 fls. 291 y 255 del expediente; **(iii)** posteriormente entre las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena e ING hubo una cesión por fusión, quedando trasladada la demandante a ING hoy Protección S.A. (fl. 291); **(iv)** ulteriormente, la demandante se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., suscribiendo el formulario de afiliación el 30 de julio de 2001 (fls. 289 y 291); **(v)** a su vez, la demandante se trasladó a Old Mutual Pensiones y Cesantías el 6 de noviembre de 2012, suscribiendo formulario de afiliación el 6 de noviembre de 2012 (fls. 230 y 291); **(vi)** finalmente, la demandante se trasladó nuevamente a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., suscribiendo el formulario de afiliación el 9 de julio de 2013 (fls. 290 y 291); **(vii)** la demandante el 5 de julio de 2018, presentó solicitud de declaratoria de ineficacia del traslado al Régimen ante Porvenir S.A., y la entidad a través de documento con radicado

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.”.

0103802043905700 del 9 de julio de 2018, no atendió favorablemente la solicitud, manifestando que, la señora Sandra firmó y diligenció de manera libre, voluntaria y sin presiones, igualmente, afirmó que el asesor ilustró de forma completa, suficiente y veraz toda la información concerniente al traslado de régimen pensional. (fls. 54 al 66); **(viii)** la demandante el 5 de julio de 2018, presentó solicitud de declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional ante Old Mutual Pensiones y Cesantías y la entidad el 25 de julio de 2018, negó el traslado de régimen manifestando que la solicitante ya estaba inhabilitada para trasladarse de régimen, por faltarle menos de diez años para cumplir la edad de pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (fls. 67 al 79); **(ix)** la demandante el 5 de julio de 2018, presentó solicitud de ineficacia del traslado del Régimen ante la AFP Protección S.A. y la entidad a través de escrito del 19 de julio de 2018, negó el traslado arguyendo que, la afiliación presentada se presume legal y solo podrá desvirtuarse cuando la autoridad competente, establezca la falsedad en la suscripción del mismo. (fls. 82 al 94); **(x)** el 6 de julio de 2018, la misma demandante presentó solicitud de ineficacia del traslado de régimen pensional ante Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la entidad a través de documento del 27 de julio de 2018, negó la solicitud afirmando que, el asesor le explicó a la afiliada, las condiciones propias del producto, las cuales ella manifestó entender y aceptar al suscribir libre y voluntariamente el formulario de afiliación No. 1090500 (fls. 93 al 107); y, **(xi)** la demandante el 5 de julio de 2018, presentó solicitud de ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante Colpensiones y la entidad a través de Resolución BZ2018_7819718-1991088 del 5 de julio de 2018, respondió que, no es procedente anular la afiliación, por cuanto el traslado fue realizado por la señora Sandra Ocampo Lucio ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, art. 13 literal B. (fls. 109 al 120).

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, **(a)** la demandante al efectuarse el traslado reconoció que recibió toda la información necesaria y requerida respecto al Régimen de Ahorro Individual y sus diferencias con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; **(b)** la afiliación ante la Administradora Porvenir S.A., se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones; **(c)** no interpuso queja, petición o reclamo alguno en relación con el funcionamiento del RAIS; **(d)** no ejerció su derecho al retracto pese a haber sido informada de éste; **(iii)** el traslado de aportes y rendimientos financieros del RAIS al RPMPD; **(iv)** la prescripción en procesos de ineficacia del traslado de régimen pensional; y, **(v)** la condena en costas a Porvenir S.A.

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 6 de noviembre de 1996 que da cuenta que la demandante fue trasladada del RPM al RAIS con la AFP Colfondos S.A. (fls. 381 y 382 del expediente). El documento fue suscrito por la demandante, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, Sandra Ocampo Lucio se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Tal y como se estableció en hechos probados, la demandante con posterioridad realizó varios traslados a diferentes administradoras de

fondos de pensiones al interior del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así: se trasladó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colmena suscribiendo el formulario de afiliación el 25 de agosto de 1.999 (fls. 291 y 255 del expediente), se aclara que, entre las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena e ING hubo una cesión por fusión, quedando trasladada la demandante a ING hoy Protección S.A. (fl. 291)

A su vez, la demandante se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., suscribiendo el formulario de afiliación el 30 de julio de 2001 (fls. 289 y 291); luego, la demandante se trasladó a Old Mutual Pensiones y Cesantías el 6 de noviembre de 2012, suscribiendo formulario de afiliación el 6 de noviembre de 2012 (fls. 230 y 291) y finalmente, la demandante se trasladó nuevamente a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., suscribiendo el formulario de afiliación el 9 de julio de 2013 (fls. 290 y 291).

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 Colfondos S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías, Protección S.A. y Porvenir S.A., hayan cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en ella, 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 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 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 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** 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 del traslado de régimen no se convalida con los sucesivos

traslados de fondos estando en el interior del mismo régimen **o su permanencia en éste por un periodo considerable.**

Respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación 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 **Colfondos S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías, Protección S.A. y Porvenir S.A.** que procedan a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, por lo tanto, se debe trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que, éstos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, y es por ello, que el valor de estos, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los **gastos de administración**, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

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

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 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 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, como ocurrió en el caso sub examine, Porvenir S.A., ejerció oposición en el desarrollo del proceso y finalmente fue derrotada en juicio, de tal suerte que debe asumir las consecuencias, entre estas, la de la condena en costas, en ese orden se confirmará la decisión determinada en tal sentido.

En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** a favor de la demandante **SANDRA OCAMPO LUCIO**, por no haber salido avante en su recurso 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: CONFÍRMASE la **Sentencia No. 086 del 14 de mayo de 2019**, proferida por el **Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, y en favor de la 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.

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