



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	BERTHA ELENA AZCARATE ARAQUE
Demandados	COLPENSIONES- EICE., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Radicación	76001310500120190076201
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 <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. 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 o afiliada elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. El enriquecimiento sin justa causa no opera en los procesos de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional. Procede la condena en costas a Colpensiones 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. 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 deben reintegrar las AFPS Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos 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.
--	--

En Santiago de Cali, a los veinticuatro (24) días del mes de noviembre de 2021, siendo el día previamente señalado, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a dictar sentencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO No. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020, artículo 15¹** expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en los **ACUERDOS PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020, PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020, PCSJA20-11629 del 11 de septiembre de 2020, PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, PCSJA20-11671 del 6 de noviembre de 2020, PCSJA20-11680 del 27 de noviembre de 2020, PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021, y PCSJA21-11840 del 26 de agosto de 2021**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, en Segunda Instancia, en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a **resolver los recursos de apelación** formulados por la parte demandante **Bertha Elena Azcarate Araque**, y por las demandadas **Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.**, contra la **Sentencia No. 139 del 31 de julio de 2020**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el **Grado Jurisdiccional de**

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

Página 2 de 24

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, Protección S.A. 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

BERTHA ELENA AZCARATE ARAQUE presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, las **Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías**, 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 27 de mayo de 1963 y se encontraba cotizando en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, desde el 30 de octubre de 1.987.

Que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en mayo de 1.997.

Que, se trasladó, dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., hacia Colpatría Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones S.A., hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en enero de 1.999.

Que, se trasladó, dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de Colpatría Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones S.A. hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., hacía Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, en agosto de 1.999, sin perjuicio de que esta situación pueda tratarse de una multivinculación.

Que, se trasladó dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, hacia Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y viceversa entre los periodos de junio, julio, septiembre, octubre y diciembre de 2.001, sin perjuicio de que esa situación pueda tratarse de una multivinculación.

Que, se trasladó dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., hacía la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en julio de 2.002.

Que, al momento de su afiliación y posteriores traslados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., la Sociedad Administradora de

Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, no le brindaron la información necesaria, clara y por escrito, sobre las causas y efectos que le ocasionaría el trasladarse de régimen y su posterior permanencia en el RAIS, lo cual es obligatorio para los fondos pensionales.

Que el 7 de noviembre de 2019, solicitó ante Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, que se tramite la ineficacia de sus traslados y la entidad a la fecha no ha dado respuesta a la solicitud presentada.

Afirmó, que el 8 de noviembre de 2019, solicitó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que se tramite la ineficacia de sus traslados y la entidad a la fecha no ha dado respuesta a la solicitud presentada.

Que el 8 de noviembre del 2019, solicitó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., se tramite la ineficacia de sus traslados y la entidad mediante la misiva fechada el 14 de noviembre de 2019, negó la solicitud presentada.

Que el 8 de noviembre de 2019, solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se tramite la ineficacia de sus traslados, esgrimiendo similares argumentos a los planteados y la entidad mediante respuesta del 12 de noviembre de 2019, negó la solicitud presentada.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones primera, décima y decimotercera realizadas por la parte demandante aduciendo que, la selección de uno cualquiera de los regímenes existentes RAIS y RPM es única y exclusiva del afiliado (a) de manera libre y voluntaria, por ello la entidad no está obligada a realizar el traslado del RAIS al RPM. Respecto de las demás pretensiones no se pronunció al no estar dirigidas en contra de la entidad. En su defensa propuso las excepciones denominadas:

Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; Innominada; Buena fe y Prescripción.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, se opuso a las pretensiones presentadas en contra de la entidad, no existió omisión por parte de la entidad al momento de entregar a la demandante toda la información que ésta 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 Protección S.A.; Buena fe; Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o la ineficacia de la afiliación por falta de causa; Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; Inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; Prescripción; Inexistencia de engaño y de expectativa legítima; Nadie puede ir en contra de sus propios actos; Compensación y la Innominada o genérica.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, al dar contestación a la demanda, se opuso a todas las pretensiones incoadas por la parte demandante, aduciendo que, no hay lugar a la ineficacia del traslado de régimen pensional, como quiera que, no se demostró la causal de ineficacia que invalide la afiliación voluntaria del demandante en el R.A.I.S. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Prescripción; Prescripción de la acción de nulidad; Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 139 del 31 de julio de 2020**; declarando no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas, conforme a las razones

expuestas en la parte motiva de ésta providencia; declarando la ineficacia 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 Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y de ésta AFP a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y de ésta a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, realizado por la señora Bertha Elena Azcarate Araque el 1 de abril de 1997, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarando que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; ordenando a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante; ordenando a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante; condenando a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a que admita nuevamente a la señora Bertha Elena Azcarate Araque, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la misma sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales; condenando a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en costas, fijando como agencias en derecho la suma de \$1 SMMLV, a cargo de cada una.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión, **impugnaron** la parte **demandante**, y las demandadas **Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.**

La parte **demandante**, solicitó que se modifique el numeral sexto de la sentencia y se acceda a condenar en costas a Colpensiones, aduciendo que, la Sentencia no sigue el precedente judicial de la CSJ SCL, toda vez que, de la sentencia que citó en audiencia, concluyó que, el artículo 365 del CGP, al que se acudió por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, establece que, la parte vencida en el proceso o a quien se le decida desfavorablemente los recursos ordinarios y extraordinarios que se hayan propuesto es quien debe ser condenado en costas, se trata entonces de un imperativo legal o causa objetiva, lo cual, quiere decir que, si se condena en costas es quien pierde el juicio sin que sea necesario analizar la razón.

Afirmó, que Colpensiones desde la misma contestación de la demanda ha presentado una férrea oposición a la prosperidad de las pretensiones, atacando a través de medios exceptivos y no bastando lo anterior reiterando su posición opositora en alegatos.

Colpensiones, solicitó que se revoque la sentencia en lo desfavorable a la entidad, teniendo en cuenta que, la demandante se encuentra dentro de la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, lo cual obedece a que ese derecho no es absoluto, que se está hablando de un daño a la sostenibilidad financiera que afecta directamente al Sistema General de Pensiones, debido a que, se estaría permitiendo que un afiliado se beneficie de un aporte constituido por otras personas y en el cual no ha aportado la totalidad de cotizaciones requeridas de conformidad con la Sentencia T 489 de 2010.

En consideración a lo expuesto anteriormente, manifestó que se encuentra afectada la sostenibilidad financiera del Sistema General de

Pensiones, por ende, la entidad se opone al traslado de la demandante, debido a que, durante todo el proceso no se demostró vicio en el consentimiento o asalto de buena fe en el momento en que la demandante decidió trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, toda vez que, el traslado se realizó de manera voluntaria y se puede probar con la firma del formulario al momento en que se realizó la vinculación al fondo.

Sostuvo, que no se demostró pérdida de tránsito legislativo o frustración de la expectativa legítima en la decisión de trasladarse, no hubo asalto en la buena fe y es por ello no es viable que se declare la nulidad del traslado de la demandante.

Protección S.A., solicitó que, se revoque el numeral tercero de la sentencia proferida, aduciendo que, la comisión por administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado la demandante al Sistema General de Pensiones, la AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, que opera tanto para el Régimen de Ahorro Individual como para el Régimen de Prima Media, que durante todo el tiempo que la demandante ha estado afiliada al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. la entidad ha representado los dineros que la misma ha depositado en su cuenta de ahorro individual, debido a que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado.

Manifestó, que si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende la entidad nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se

debió cobrar una comisión por administración, sin embargo, el artículo 1746 del C.C. habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y el abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que la ineficacia o nulidad de la afiliación hecha la ficción de que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado, son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la AFP, y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración la cual se debe conservar, pues hizo rentar el patrimonio del afiliado(a).

Manifestó que, se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse, sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que, si se aplica en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno u otro hubieren dado o recibido, se llegaría a la conclusión de que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y esta última la comisión por administración del afiliado, toda vez que, si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron de haber existido los rendimientos.

Precisó que, en caso de que se ordene a Protección S.A., devolver a Colpensiones lo descontado por comisión por administración, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, como quiera que, se estarían recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de la entidad sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando el Juez una interpretación acorde con la Constitución y la Ley en detrimento del patrimonio de la entidad vulnerándose el derecho a la igualdad y, prefiriendo de manera injustificada, a una parte del contrato que fue declarado nulo y que fue suscrito de buena fe por la entidad.

Porvenir S.A., solicitó que se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y se absuelva de cada una de las condenas realizadas a la entidad en la sentencia, afirmando que, se declaró la ineficacia del traslado de la demandante por la falta al deber de información por parte de la entidad, respecto de la ineficacia se declaró respecto de todos los traslados, que realizó respecto de los fondos privados es decir el realizado por Colpatria y Horizonte.

Afirmó, que el deber de información si se cumplió por parte de la entidad, tanto por Colpatria, como por Horizonte, por cuanto, no existía en la época una obligación de suministrar algún tipo de información de manera escrita, sino de manera verbal, según la Ley 100 de 1993, siendo la decisión tomada por la demandante consciente, libre y espontánea, con la suscripción de unos formularios que cumplieran con los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Precisó, que la demandante realizó unos actos de relacionamiento, por cuanto, conocía que podría trasladarse y no estuvo solamente en un fondo privado, sino que estuvo en diferentes fondos privados Colmena, Colpatria, Colfondos, Horizonte, demostrando con esto su deseo de permanecer al interior del Régimen de Ahorro Individual.

Recalcó, que el deber de información no solamente se encuentra en cabeza de la entidad, sino que se encuentra en cabeza de la demandante, al ser una consumidora financiera y tener que informarse de las decisiones que toma, por cuanto, no es en una relación de carácter contractual sino una relación de carácter administrativo, no es posible premiar la ignorancia de la Ley, como excusa contra lo que dice el artículo 9 del C.C., siendo finalmente la Ley de conocimiento público.

Que, es evidente que la demandante presentó la demanda encontrándose bajo la prohibición retornar el Régimen de Prima Media, al encontrarse a menos de diez años del cumplimiento de los requisitos para ser beneficiaria de la pensión por vejez.

Afirmó que, las acciones para reclamar la ineficacia del traslado se encuentran prescritas, por cuanto, no se está frente a la presencia del derecho pensional pues dentro del Régimen de Ahorro Individual también pueden pensionarse, sino que se está frente a la ineficacia del traslado de Régimen que se encuentra prescrito.

Afirmó que, el traslado inicial se realizó con Colmena, por cuanto, no tendría que saber cuál fue la información que se le suministró para el momento, ni tampoco actualmente la demandante se encuentra afiliada con la entidad, sabiendo que, cuando los dineros estuvieron en su cuenta de ahorro individual, se realizó la debida gestión y se actuó con buena fe, otorgándole todas las sumas al fondo privado al que se afilió después la demandante.

Manifestó que, a consecuencia del traslado, se conmina a devolver unos gastos de administración que fueron utilizados por la entidad para proteger diversas contingencias como lo son la de vejez, invalidez o muerte, generando si se ordena devolver los gastos de administración, un detrimento patrimonial a la entidad o un enriquecimiento sin justa causa a cargo de Colpensiones.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver **los recursos de apelación** interpuestos por las partes **demandante** y demandadas **Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.**, respecto de la **Sentencia No. 139 del 31 de julio de 2020**, 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 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 Bertha Elena Azcarate Araque** se afilió a **Colpensiones** el 22 de febrero de 1996 y posteriormente, se trasladó de régimen pensional a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Colmena** hoy **Porvenir S.A.**, el 11 de abril de 1997, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de junio de 1.997 (fl. 154 expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 proceso hasta marzo 2020); **(ii) la demandante**, el 9 de diciembre de 1.998, diligenció formulario de afiliación ante **Colpatria S.A.** hoy **Porvenir S.A.**, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de febrero de 1.989 (fl. 154 expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 proceso hasta marzo 2020); **(iii) la demandante**, el 2 de julio de 1.999, diligenció formulario de afiliación ante **Colfondos S.A.**, siendo fecha de efectividad el 1 de septiembre de 1.999 (fl. 154 expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 proceso hasta marzo 2020); **(iv) la demandante**, el 28 de febrero de 2001, diligenció formulario de afiliación ante **Horizonte** hoy **Porvenir S.A.**, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de abril de 2001 (fl. 154 expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 proceso hasta marzo 2020); **(v) la demandante**, el 21 de junio de 2002, diligenció formulario de afiliación ante **ING hoy Protección S.A.**, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de agosto de 2002 (fl. 154 expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 proceso hasta marzo 2020); **(vi) entre las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. e ING** existió una cesión por fusión, en consecuencia la demandante actualmente se encuentra afiliada a

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."

Protección S.A.; **(vii)** la **demandante**, el 7 de noviembre de 2019, solicitó ante **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, que se tramitara la ineficacia del traslado de régimen pensional y no se observa en el expediente que la entidad haya dado respuesta a la solicitud presentada. (fls. 44, 45 y 46 expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 proceso hasta marzo 2020); **(viii)** la **demandante**, el 8 de noviembre de 2019, solicitó ante la **AFP Porvenir S.A.**, el traslado de régimen pensional y no se observa en el expediente que la entidad haya dado respuesta a la solicitud presentada. (fls. 47 al 49 expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 proceso hasta marzo 2020); **(ix)** la **demandante**, el 8 de noviembre del 2019, solicitó ante la **AFP Protección S.A.**, se tramitara la ineficacia de sus traslados y la entidad mediante comunicación con radicado CAS-5213116-F6R3R8 del 14 de noviembre de 2019, negó la solicitud presentada (fls. 50 al 54 expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 proceso hasta marzo 2020); **(x)** la **demandante**, el 8 de noviembre de 2019, solicitó ante **Colpensiones**, el traslado de régimen pensional y la entidad mediante Resolución BZ2019_15176571-3344572 del 12 de noviembre de 2019, negó la solicitud presentada. (fls. 55 al 59 expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 proceso hasta marzo 2020).

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 los recursos de apelación se determinará si resulta procedente: **(ii)** la ineficacia del traslado de régimen pensional, como quiera que: **(a)** la demandante no acreditó vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe; **(b)** no se demostró pérdida de transito legislativo, frustración de la expectativa legítima o asalto en la buena fe; **(c)** para la época de la afiliación de la demandante no existía obligación de asesorar a la demandante presentándole información de manera escrita; **(d)** la ignorancia de la Ley

por parte de la demandante no se puede tener como excusa; **(e)** la demandante se encuentra a menos de diez años para acceder al cumplimiento de los requisitos de la pensión por vejez; **(iii)** la devolución de los gastos de administración del RAIS al RPMPD pues genera un enriquecimiento sin justa causa a la demandante; **(iv)** la prescripción en procesos de ineficacia del traslado de régimen pensional; y, **(v)** la condena en costas a Colpensiones.

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 ésta 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 11 de abril de 1997, la **demandante** fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la **AFP Colmena**, hoy **Porvenir S.A.** (fl. 154 expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 proceso hasta marzo 2020).

Aunado a lo anterior, tal y como se estableció en hechos probados, luego, la demandante el 9 de diciembre de 1.998, diligenció formulario de afiliación ante **Colpatria S.A.**, hoy **Porvenir S.A.**, posteriormente, la demandante, el 2 de julio de 1.999, diligenció formulario de afiliación ante **Colfondos S.A.**, y ulteriormente, la demandante el 21 de junio de 2002, diligenció formulario de afiliación ante **ING** hoy **Protección S.A.**; que entre las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías **ING** y **Protección S.A.**, existió una cesión por fusión, en consecuencia, la demandante actualmente se encuentra afiliada a la última administradora mencionada. (fl. 154 expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 proceso hasta marzo 2020).

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.**, **Protección S.A.** y **Colfondos S.A.**

Pensiones y Cesantías 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 el, 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**, así 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.**

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., Protección S.A. y Colfondos 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, 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, seguros previsionales, 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.

Respecto del ítem de apelación presentado por la parte demandante, quien precisó que no procede el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, resulta pertinente afirmar que, tal y como se encuentra establecido en las consideraciones del tribunal, mencionadas con anterioridad, resulta obligatorio que en el presente proceso la Sentencia se surta en grado jurisdiccional de consulta, como quiera que, la sentencia proferida en primera instancia fue adversa a la demandada Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

De acuerdo al ítem del recurso de apelación, que concierne a si el traslado de régimen pensional vulnera la sostenibilidad financiera del sistema o 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 financiera del Sistema General de Pensiones, debido a que, los recursos que deben reintegrar las AFPS Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos 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.

Para la Sala resulta pertinente aclarar que, el enriquecimiento sin justa causa no opera en el presente proceso, toda vez que los aportes, rendimientos y los gastos de administración, no van a generar un enriquecimiento a la accionante en detrimento económico de la AFP accionada, debido a que, en principio la accionante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que, al haber sido declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional, por la omisión del deber de información, estas sumas, a cargo de las

administradoras de fondos de pensiones Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A., serán devueltas al RPM administrado por Colpensiones, para sufragar la pensión de la accionante.

La Sala reitera que la carga de la prueba recae en las administradoras de fondos de pensiones, y en el plenario no obra prueba que permita concluir que las entidades hayan suministrado a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

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 1º del artículo 365 del CGP, que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el caso sub examine, **Colpensiones** 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 condena en costas; en ese orden, la decisión recurrida se **adicionará** en el sentido de que en esa

primera instancia concurren las costas a cargo de **COLPENSIONES**, y en favor de la demandante, en suma adicional e igual a la que fueron condenadas aquellas.

En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.**, 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 sufragarse por 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: ADICIÓNASE la **sentencia 139 del 31 de julio de 2020**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, en el sentido de: **"CONDÉNASE a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, para que concurra al pago de las Costas de Primera Instancia, en favor de la parte actora, en suma adicional e igual a la impuesta a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A."**, por lo motivado.

SEGUNDO: CONFÍRMASE la **Sentencia No. 139 del 31 de julio de 2020**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

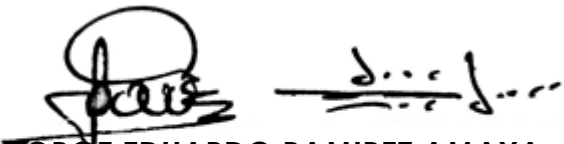
TERCERO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Porvenir S.A.** y en favor de la demandante, liquídense oportunamente,

inclúyanse como Agencias en Derecho de esta instancia, la suma de **DOS MILLONES DE PESOS** (\$2'000.000) m/cte., a sufragarse por cada una de las entidades.

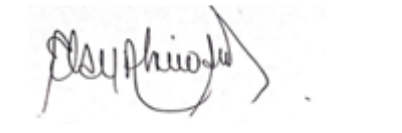
CUARTO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado que dictó la sentencia de primera instancia.

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

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente


CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada