



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	JESUS HUBERT MUÑOZ ORTEGA
Demandados	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A.
Radicación	760013105015201800641 01
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	<i>Deber de información:</i> 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. 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. <u>Traslados de administradoras dentro del RAIS:</u> La actuación viciada del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Procede la condena en costas a Colpensiones y Porvenir S.A. en primera instancia en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, toda vez que ejercieron oposición y fueron vencidas en juicio.

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de enero de 2022, siendo el día y hora previamente señalados, 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, y 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 partes demandadas **Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.** y surtir el Grado Jurisdiccional de **Consulta** a favor de Colpensiones, respecto de la **Sentencia No. 223 del 16 de julio de 2020**, proferida por el **Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali**.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por las **demandadas Colfondos 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. 024

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

Antecedentes

JESUS HUBERTH MUÑOZ ORTEGA presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES** y las **Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías 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, el demandante señaló que, nació el 15 de diciembre de 1963.

Que, inició su vinculación laboral el 1° de enero de 1987, en las entidades y periodos detallados en la Historia Laboral suministrada por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

Afirmó que, posee un total de 396 semanas cotizadas en el ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, y, 1.227 semanas en los fondos del Régimen de Ahorro Individual administradoras por los Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, para un total de 1.623 semanas de cotización al mes de junio de 2018.

Que, en la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, la mesada pensional sería ostensiblemente mejor conforme al IBC y las semanas cotizadas en toda su vida laboral, precisando que, nunca tuvo la posibilidad de conocer la diferencia debido a que, la Sociedad

Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías nunca le brindaron tal asesoría.

Que, dentro del proceso de afiliación, fue abordado en su puesto de trabajo por parte del funcionario del fondo de pensiones Horizonte hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Provenir S.A., ofreciendo las ventajas obtenidas al realizar el traslado de pensión y cesantías a los fondos privados; entre otros, rendimientos financieros superiores, insostenibilidad y posible quiebra del fondo de pensión gubernamental, préstamos a tasas preferenciales para compra de vehículo y vivienda. Posteriormente, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, realizó lo mismo mencionado con anterioridad.

Que, en los procesos de afiliación no se le explicaron las condiciones del traslado, ni mucho menos se le realizó una proyección pensional para identificar las ventajas.

Que, las administradoras incumplieron el deber legal que tenían de proporcionar información veraz, comprensible, completa y a su medida, respecto a las consecuencias negativas que tendría con el traslado al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), especialmente sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y en lo relacionado con el monto de su pensión, así mismo las administradoras omitieron informarle sobre la posibilidad de retractarse y de retornar al Regimen de Prima Media y mucho menos se le hizo entrega física del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento, tal y como se ordena en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.

Que, cuando solicitó el traslado nuevamente, éste no se pudo realizar por estar en los últimos 10 años para pensionarse.

Que, el 10 de septiembre de 2018, presentó reclamación administrativa, ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, solicitando la nulidad del traslado irregular y a la fecha no se ha obtenido respuesta por parte de la entidad.

Que el 11 de septiembre de 2018, presentó solicitud de traslado de régimen, ante la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., solicitando el traslado de régimen pensional a lo que respondió con una negativa la petición.

Que el 11 de septiembre de 2018, presentó reclamación administrativa a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, solicitando la ineficacia del traslado de régimen pensional, a lo que respondió con una negativa la petición.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones incoadas por la parte demandante, aduciendo que, la selección de uno cualquiera de los regímenes RAIS y RPM es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria por ello la entidad no está obligada a realizar el traslado de régimen pensional. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; Innominada; Buena fe y Prescripción.**

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones presentadas, por cuanto, no existió omisión por parte de la entidad al momento de entregar al demandante 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 mérito denominadas: **Validez de la afiliación a Colfondos S.A.; Validez del traslado de régimen del RPM al RAIS y en consecuencia del traslado entre AFPS realizado por el 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; Ratificación de la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; Compensación y la Innominada o Genérica.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones incoadas, debido a que, no se demostró causal de nulidad que invalide la afiliación voluntaria de la 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 Quince Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 223 del 16 de julio de 2020**; declarando no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados; declarando la nulidad o ineficacia del traslado que efectuara el demandante del Regimen de Prima Media administrado por Colpensiones al de ahorro individual administrado por Horizonte – Porvenir S.A. que data desde el 7 de julio de 1994 y el consecuente traslado a Colfondos que data del 28 de septiembre de 2009; condenando al Fondo Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del actor, como cotización, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración indexados, todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. en igual forma a Porvenir a devolver los gastos de administración indexados durante el tiempo que administró los recursos del demandante; condenando a Colpensiones a vincular válidamente al demandante en el Regimen de Prima Media; condenando en costas, como agencias en derecho para Colpensiones \$100.000,00 para Colfondos \$500.000,00 y para Horizonte \$500.000.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión, las partes **demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Porvenir S.A. y Colpensiones**, presentaron recurso de apelación.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, manifestó inconformidad respecto de la condena por gastos de administración, toda vez que, es aquella que cobra la administradora los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual y de cada aporte del 16% del Ingreso base de cotización que ha realizado la parte demandante al Sistema General de Pensiones la administradora ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que está consagrado en 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, así durante todo el tiempo que éste ha estado afiliado al fondo de pensiones obligatorias administrado por Protección S.A., la entidad, ha representado los dineros que ha depositado en su cuenta de ahorro individual, gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, pues, Protección S.A., es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados.

Manifestó que, no es procedente que se ordene la devolución de lo que la entidad descontó por comisión de administración, toda vez que, se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual, realizadas conforme a la Ley, como contraprestación a una buena gestión de administración. Que, el artículo 1746 del C.C. habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos, abono y mejoras, y, con base a esto debe entenderse que, aunque se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras siendo el fruto o mejora del afiliado los rendimientos de la administradora, la comisión por administración, la cual debe conservarse efectivamente pues hizo rentar el patrimonio del afiliado.

Precisó 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 aplicara en estricto sentido la teoría de las nulidades del ente

privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno u otro hubieren dado o recibido se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta de la administradora y ésta le volverá la comisión por administración, toda vez que, la comisión nunca se debió de haber descontado tampoco debieron haber existido esos rendimientos.

Porvenir S.A., solicitó que, se revoque la Sentencia de primera instancia en todas y cada una de las partes, aduciendo que, verificada la documental aportada con la demanda y con las contestaciones, junto con el interrogatorio de parte vertido, no se puede llegar a la conclusión que el demandante no pudo realizar una selección completamente voluntaria de su régimen pensional, toda vez que, para la fecha en que se realizó el traslado, el único elemento que se exigía para dejar como prueba del traslado de régimen pensional, era la suscripción del formulario, prueba que se encuentra debidamente aportada en la contestación de la demanda, en la que se puede constatar que, el demandante, tuvo conocimiento de las circunstancias o de las características del Régimen, toda vez que, se le aportó la información, dado que, ese era el miramiento de la entidad para la época en la que se realizó el traslado, porque se muestra que contó con toda la información que el aportó, tanto como para beneficiarios de ingreso base, cargo, diligenciamiento de todo lo que corresponde a donde se puede encontrar, con esto se puede llegar a la conclusión que recibió la información.

Manifestó que, para verificar lo correspondiente a la ineficacia tendría que analizar si hay lugar a la aplicación de las consecuencias establecidas en el literal B de los artículos 13 y el 271 de la Ley 100 de 1993, que dan cuenta que, los actos jurídicos del traslado de régimen pensional producen ineficacia cuando se llegare a afectar esa libertad de selección, situación que no se encuentra si quiera probada, toda vez que, no hay elementos de prueba que permitan concluir que hubo algún tipo de accionar y que diera lugar a ese cercenamiento que permitiera o no permitiera la selección de traslado de régimen pensional, que, si lo que se busca es la nulidad del traslado de régimen pensional, es pertinente

verificar que tanto el objeto como la causa del negocio jurídico son lícitos, toda vez que, se encuentran establecidos en tanto la Ley 100 de 1993, como en el Decreto 656 de 1994 en su artículo 15, y en lo que corresponde a la capacidad del demandante, se encuentra probado en el expediente que, para la fecha en que realizó el traslado tenía treinta años.

Que, al momento en que se le requirió para que dé cuenta, en el interrogatorio de parte, de las condiciones de tiempo, modo o lugar, el demandante fue renuente al manifestar que si lo firmó y dio datos personales de todos sus beneficiarios.

Manifestó, que para la fecha en la que se realizó el traslado del demandante estaba vigente el numeral primero del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, normativa con la cual se manifiesta que, además que se hacían de manera verbal u oral las charlas, las asesorías para el traslado de régimen pensional no establecen tipo de información que sea clara, veraz y oportuna, que le permita la toma de una decisión transparente de acuerdo con las ofertas de mercado que existen, que se estableció con el salvamento de voto del MG Echeverry en la Sentencia SL 1452 del año 2019, que, no se puede generar una regla general sobre estos casos, toda vez que, se deben analizar los elementos específicos.

Manifestó que, el demandante no era beneficiario del régimen de transición y por lo tanto no se vulnera ningún derecho consolidado, toda vez que, tampoco le era aplicable el principio de la condición más beneficiosa, por lo cual, pudo haber consolidado su derecho pensional, tanto en el Régimen de Prima Media como en el Régimen de Ahorro Individual, habida cuenta que, esos regímenes al ser excluyentes, no quiere decir esto que no puedan llegar a ser equiparables.

Respecto del traslado de saldos que se encuentra en la cuenta de ahorro individual del demandante, manifestó que, la entidad al momento en que el demandante realizó el traslado Horizontal con Colfondos, da cuenta del deseo de mantenerse vinculado al Regimen de Ahorro Individual,

transfirió todos los fondos que se encontraban en la cuenta, solo realizó los descuentos correspondientes a los gastos de administración en la medida en que, la Ley 100 faculta para ello.

Manifestó que, los gastos de administración tienen como función principal remunerar esa gestión correcta de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, y muestra que se cumplió con esos requisitos, fue que la cuenta de ahorro individual durante los quince años que el demandante estuvo vinculado con la entidad, tuvo los rendimientos financieros, y si se accediera a la devolución de estos gastos de administración, junto con las primas que tienden a cubrir los riesgos de invalidez y muerte, sería tal como asegurar que estos riesgos no estuvieron cubiertos durante los años que estuvo el demandante vinculado con la entidad situación que dista de la realidad.

Que, la Superintendencia Financiera de Colombia ha tenido la oportunidad de pronunciarse, en concepto del 17 de enero del 2020, sobre el tema y, al ser consultado sobre cuál es el efecto de la ineficacia del traslado de régimen pensional, manifestó que, procedía la devolución del capital aportado más los rendimientos financieros sin que se pudiera devolver lo correspondiente a los gastos de administración y demás sumas de primas de seguros, toda vez que, sería como contrariar el artículo 1746 del C.C., en la medida en que, para la Ley de las restituciones mutuas, se deben devolver las cosas tal cual y como se encuentran en este momento tales gastos fueron consumidos, porque cumplen una función y es mantener en crecimiento esos rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual.

Finalizó, solicitando que, se revoque la Sentencia respecto de la condena en costas dirigidas a la entidad.

Colpensiones, presentó recurso de **apelación** frente a la condena en costas aduciendo que, si bien se han fijado en cien mil pesos (\$100.000), este valor puede ser modificado en etapas subsiguientes y conforme lo advertido en los alegatos de conclusión consideró que, la entidad no

puede ser condenada al reconocimiento de costas procesales teniendo en cuenta que, no tuvo ningún interés en las situaciones que se exponen en el escrito de demanda.

Manifestó que, la entidad interviene en esta clase de procesos de manera constante, la cual, resulta necesaria porque los resultados del proceso o fallo van a afectar los intereses del Régimen de Prima Media, por lo cual, precisó, que, está plenamente capacitada y legitimada para presentar sus argumentos porque indiscutiblemente va a verse afectada en el fallo más no es parte demandada y por ende no se puede considerar ser a quien se venció en el juicio, siendo claro que, todas las conductas reprochables son a cargo de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual, de ellas se desprende la ineficacia y en consecuencia deben ser las únicas que carguen con la condena y con las condenas determinadas en la sentencia como fueron las costas procesales.

Finiquitó solicitando que, se revoque y absuelva de la condena en costas procesales.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

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

Hechos Probados

En el presente asunto, no se encuentra en discusión que: **(i)** El **demandante Jesús Hubert Muñoz Ortega**, se encontraba afiliado a **Colpensiones** y posteriormente diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a **Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A.**, el 7 de julio de 1994, siendo efectiva su afiliación el 1 de agosto de 1994 (sin pág. expediente digital, cuaderno del juzgado, 12 Contestación Dda Protección 20200 803FI27); **(ii)** luego, el **demandante** diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, el 28 de septiembre de 2009, siendo efectiva su afiliación el 1 de noviembre de 2009 (sin pág. expediente digital, cuaderno del juzgado, 12 Contestación Dda Protección 20200 803FI27); **(iii)** el **demandante**, el 10 de septiembre de 2018, presentó reclamación administrativa ante **Colpensiones**, solicitando la ineficacia del traslado de régimen pensional y no se observa en el expediente que la entidad haya otorgado respuesta alguna. (pág. 16, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 expediente digitalizado); **(iv)** el **demandante**, el 11 de septiembre de 2018, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante **Porvenir S.A.**, y la entidad, a través de documento 0103802044362600 del 25 de septiembre de 2018, negó la solicitud. (págs. 18 al 21, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 expediente digitalizado); y, **(v)** el **demandante**, el 11 de septiembre de 2018, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, y la entidad, a través de comunicado del 2 de octubre de 2018, negó la solicitud. (págs. 46 al 48, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 expediente digitalizado).

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.".

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si: **(i)** el traslado de régimen del demandante es inválido, habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliado en el **RAIS**; la posibilidad de retracto y la información sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de faltarle 10 años para pensionarse. Y en atención el recurso de apelación se determinará si resulta procedente: **(ii)** la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, como quiera que: **(a)** el demandante no es beneficiario del régimen de transición; **(b)** se presentó un traslado Horizontal entre AFPS; **(c)** no hubo un cercenamiento en la libertad de selección de régimen pensional; **(d)** al momento de la afiliación del demandante no existieron vicios en el consentimiento; **(e)** el demandante tenía treinta años al momento en que realizó el traslado de régimen pensional; **(iii)** el traslado de gastos de administración y rendimientos del RAIS al RPMPD administrado por Colpensiones; y, **(iv)** la condena en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones.

Análisis del Caso

Ineficacia del 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 desavenencias 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, 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 conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber de 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 los afiliados 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 al interesado 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 sus afiliados 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 el derecho a retractarse”* que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

Tal omisión, en tratándose de este aspecto, acarrea la ineficacia de la selección, 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 el formulario de afiliación del **7 de julio de 1994**, que da cuenta que, el **demandante**, fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con **Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Provenir S.A.** (sin pág. expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 expediente digitalizado). El formulario de afiliación ante la entidad fue suscrito por el **demandante**, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **Jesús Hubert Muñoz Ortega** se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Luego, el **demandante** diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, el 28 de septiembre de 2009, administradora a la cual se encuentra afiliado actualmente. (Sin

pág. expediente digital, cuaderno del juzgado, 12 Contestación Dda Protección 20200 803FI27).

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen, las administradoras **Colfondos 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, al demandante.

En efecto, no se denota que las entidades de seguridad social demandadas le hayan suministrado al demandante los datos y explicaciones del traslado respectivo; en efecto, brilla por su ausencia el acompañamiento desde la antesala de la afiliación, momento en el que 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 las solicitudes de vinculación en la que reposa la leyenda "**VOLUNTAD DE AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese régimen lo hace de forma libre, espontánea, y sin presiones.

No obstante, tal documento es precario para lograr el cometido pretendido por los fondos privados, pues, no se puede predicar que el demandante, tomó verdaderamente una decisión libre y voluntaria, cuando ignora la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple y fría expresión genérica pre impresa en un formato.

Tampoco se denota una constancia de que se 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 al demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando al afiliado le falta menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que, sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** 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 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.** y **PORVENIR S.A.** que procedan a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, por lo tanto, se deben 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 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**, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Adicionalmente, hace énfasis la Sala en que, el traslado de los gastos de administración no forma parte de los valores que conforman los ahorros de la cuenta individual del demandante en el RAIS, sino de la administración que, en el RPM le corresponde a **COLPENSIONES**, sin que esto genere un enriquecimiento sin causa en favor del demandante ni de Colpensiones.

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

En razón a lo vertido, y sin necesidad de más consideraciones, se confirmará en lo demás la Sentencia apelada y consultada en lo atinente al traslado, pues la conclusión vertida de dejar sin validez el traslado del

demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que el demandante ha manifestado su afiliación a dicho régimen hoy administrado por Colpensiones, junto con los beneficios que sean aplicables a su caso.

Costas

Respecto de las **costas**, señala el numeral 1º del artículo 365 del CGP, que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, como ocurrió en el caso *sub examine*, **Colpensiones** y **Porvenir S.A.** ejercieron oposición en el desarrollo del proceso y finalmente fueron derrotadas en juicio, de tal suerte que deben asumir las consecuencias, entre estas, la de la condena en costas, en ese orden se confirmará en lo relacionado a la condena en costas a **Porvenir S.A.** y **Colpensiones**.

En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **Colfondos S.A.**, **Colpensiones** y **Porvenir S.A.**, a favor del demandante **Jesús Hubert Muñoz Ortega**, por no haber salido avantes 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 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: CONFIRMÁSE la **Sentencia No. 223 del 16 de julio de 2020**, **proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, y la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, a favor del demandante **Jesús Hubert Muñoz Ortega**, por no haber salido avantes 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 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