



República de Colombia

Tribunal Superior de Cali

Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	NANCY ALZATE GIRALDO
Demandados	COLPENSIONES, PROTECCION S.A., y PORVENIR S.A.
Radicación	760013105010201900583 01
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 al afiliado toda la información respecto de los aspectos positivos y negativos del traslado de régimen sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse.</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 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.</p> <p>La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional no vulnera el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, debido a que, los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.</p> <p>Traslados de administradoras dentro del RAIS: La actuación viciada del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, <u>no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.</u></p>

	Procede la condena en costas, en primera y segunda instancia, en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, cuando la parte ejerce oposición y resulta vencida en juicio.
--	--

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de marzo de 2023, 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, en Segunda Instancia, conforme los lineamientos definidos en el **numeral 1º del Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022**, en el proceso de la referencia.

En el acto, se proceden a **resolver los recursos de apelación** formulados por las **demandadas Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.**, contra la **Sentencia 156 del 23 de agosto de 2022**, proferida por el **Juzgado Décimo 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

Los presentados por las partes, 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. 046

Antecedentes

NANCY ALZATE GIRALDO presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A.** y la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías 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 valores de la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos. Además,

se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, la actora señaló que, estuvo afiliada y realizó cotizaciones al Sistema General de Pensiones administrado para la época por el Instituto de Seguros Sociales ISS, desde el 22 de enero de 1990.

Que, el 1° de diciembre de 1995, suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado, en esa época, por PROTECCION S.A.; sin embargo, indica que esa entidad no la ilustró ni informó sobre los efectos de traslado, ni se hizo proyección alguna del capital necesario para pensionarse.

Que, el 7 de diciembre de 2004, presentó solicitud de traslado a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., la cual fue absorbida por fusión por la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a partir del 31 de diciembre de 2013.

Que, el 30 de mayo de 2019, el 12 de junio de 2019, y el 12 de junio de 2019, solicitó ante COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., respectivamente, se declarara la ineficacia de su traslado al RAIS, y su retorno al RPM, y la devolución a ese régimen de todos los valores que hubieren recibido con motivo de su afiliación. Recibiendo respuesta negativa de dichas entidades.

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, al dar contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma, y en su defensa propuso las excepciones de mérito: **el traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto esta revestido de legalidad y eficacia, Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, Prescripción, Buena fe, Compensación, Imposibilidad de condena simultánea de indexación e intereses moratorios, Imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, Proporcionalidad y ponderación, Violación al principio constitucional de**

"sostenibilidad del sistema", VÁLIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL R.A.I.S, No declaratoria de nulidad.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, y Compensación.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.** se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., Buena fe, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o 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, y Compensación.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **sentencia 156 del 23 de agosto de 2022**; declarando no probados los medios exceptivos invocados por las demandadas, la ineficacia de la afiliación o del traslado de la demandante NANCY ALZATE GIRALDO al Régimen de ahorro individual con solidaridad suscrito el año 1995; y, como única afiliación válida de la parte demandante, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Condenando a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., trasladar a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora para pensión de invalidez y sobrevivencia, aportes al fondo de pensión mínima, gastos de administración, junto con sus rendimientos, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. Y finalmente, impone

costas, de esa instancia, a las demandadas PROTECCION S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES.

Recursos de Apelación

El apoderado judicial de la demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, formuló **recurso de apelación**, contra la sentencia de primera instancia, indicando que la solicitud de nulidad no es procedente teniendo en cuenta que con los documentos aportados, la parte actora logra siquiera inferir la nulidad de afiliación, ni el error, dolo o vicios en el consentimiento.

Que, no es procedente realizar el traslado de régimen en cualquier tiempo, conforme el Art. 2 de la Ley 797 de 2003, y Art. 1° del Decreto 3800 del mismo año. Toda vez que la demandante eligió el RAIS de forma libre, espontánea y sin presiones.

Que, conforme el Decreto 2241 de 2010, existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones. Destacando que, el silencio en el transcurso del tiempo, se entiende como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado.

Que, la declaración injustificada de la ineficacia de traslado de un afiliado, del RPM al RAIS, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Que, solicita sea revocada la condena en costas, por cuanto COLPENSIONES no tiene la potestad de decretar la nulidad del traslado por sí sola, porque la afiliación se presume legal y se requiere pronunciamiento judicial para anularla.

La apoderada de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, formuló igualmente **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia, argumentando que, respecto de la devolución de los gastos de administración, de las cotizaciones

realizadas por la demandante al sistema general de pensiones, un 3% ha sido destinado para cubrir gastos de administración y para pagar el seguro adicional destinado a las compañías de seguros.

Que, en los casos en que se ordena la ineficacia de traslado, solo son procedentes las cotizaciones y rendimientos, pero no los gastos de administración toda vez que se encuentran ya causados durante todo el tiempo de vinculación de la demandante con esa AFP; están debidamente autorizados por la ley, y fueron administrados por ese fondo de pensiones para manejar la cuenta de ahorro individual de la demandante, generando unos rendimientos.

Que, se opone a la devolución de sumas adicionales de la aseguradora, teniendo en cuenta que este descuento ha sido destinado a las aseguradoras que en su momento cubrieron las contingencias de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que la demandante ha permanecido vinculada con ese fondo, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Que, en caso de confirmarse la sentencia recurrida, solicita se ordene a PORVENIR S.A., solo la devolución de cotizaciones y rendimientos, y se revoquen los conceptos objeto del recurso de apelación.

El apoderado de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, formuló **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia, manifestando que, se opone a la ineficacia de la afiliación y la condena impuesta a esa entidad, pues ésta ha actuado de manera diligente y prudente, toda vez que el fondo informó a la demandante sobre las características propias del RAIS, así como del RPM, señalando las ventajas y desventajas que acarrearía su traslado de régimen pensional.

Que, la actora firmó un formulario de solicitud de traslado pensional a HORIZONTE, hoy PORVENIR, por lo que es claro que se encuentra afiliada a dicho fondo, y no a PROTECCION S.A..

Que, la decisión de traslado de la actora fue de forma transparente, y

consciente, libre de toda coacción, por lo que no se puede alegar que exista un vicio en el consentimiento, derivado de la fuerza o dolo. Sumado a esto, existe un traslado entre administradoras, que denota su deseo de permanencia en el RAIS.

Que, para la fecha de dicho traslado, PROTECCIÓN no se encontraba en la obligación de generar una asesoría escrita frente a los posibles montos por concepto de mesada pensional; pues la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, establecieron dicha obligatoriedad en dichos años.

Que, los gastos de administración, se encuentran debidamente autorizados en la ley, y no provienen de una actividad arbitraria del fondo. Por lo que en este caso, solo es procedente la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual.

Que, si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende la entidad no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo esa cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración. No obstante, el Art. 1746, habla de las restituciones mutuas, esto es, que aunque se declare la ineficacia y se haga ficción que nunca existió un contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, siendo el fruto o mejora de la afiliada los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración.

Que, en cuanto a la condena de sumas adicionales, que fueron efectivamente descontadas para su utilización en pólizas de seguros previsionales, éstas se encuentran autorizadas por la Superintendencia Financiera, y establecidas por ley.

Que, igualmente se opone a la condena en costas y agencias en derecho, pues si bien la entidad fue vencida en juicio, dicho vencimiento se deriva de una construcción jurisprudencial posterior a la fecha en la que la demandante se afilió a PROTECCION.

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, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.** y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, respecto de la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S., asume el conocimiento del asunto de referencia en el Grado Jurisdiccional de **Consulta**, ya que la condena se efectuó en contra de una entidad de derecho público en la que la Nación funge como garante, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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 actora, **NANCY ALZATE GIRALDO**, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS**, hoy **COLPENSIONES**, a partir del 22 de enero de 1990 (pg. 14 y 26 – expediente digitalizado); **(ii)** más adelante, el **23 de noviembre de 1995**, suscribió formulario de afiliación con **PROTECCION S.A.**, siendo efectiva desde el **1º de diciembre de 1995**; luego se traslada a la AFP **HORIZONTE**, a partir del 1º de febrero de 1995; y finalmente, por efectos de la figura de cesión por fusión, se registra vinculación a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, con efectividad a partir del **1º de enero de 2014**, manteniendo tal afiliación hasta la fecha (pg. 115 – contestación Porvenir); y, **(iii)** el 30 de mayo de 2019, el 12 de junio de 2019, y el 12 de junio de 2019, solicitó ante COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., respectivamente, se

declarara la ineficacia de su traslado al RAIS, y su retorno al RPM, y la devolución a ese régimen de todos los valores que hubieren recibido con motivo de su afiliación (pg. 28 a 36 – expediente digitalizado).

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si: **I)** el traslado de régimen de la demandante es inválido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliada en el **RAIS**; e igualmente analizar si resulta procedente: **II)** la ineficacia del traslado de régimen pensional toda vez que, la actora no ejerció su derecho al retracto; **III)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que la actora se ha ratificado a través de la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad todos estos años; **IV)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, la actora se encuentra a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional; **V)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, la acción está prescrita; **VI)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, se afecta la sostenibilidad financiera del sistema; **VII)** la condena en costas a Colpensiones; y, **VIII)** el traslado de los gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual del afiliado, del RAIS al RPMPD.

Análisis del Caso

Ineficacia de la Afiliación

El traslado, como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto que el fondo respectivo debe brindar la información adecuada, completa, veraz y oportuna sobre las consecuencias del acto que se va a realizar.

En tal sentido, los **artículos 12 y 13 literal b) de la Ley 100 de 1993**, señalan expresamente que la decisión de afiliarse o trasladarse de un régimen a otro dentro del sistema de pensiones debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado. Según lo expuesto, cuando la norma utiliza los términos de una decisión libre y voluntaria significa que no debe existir por parte del

afiliado ninguna duda sobre las conveniencias o inconveniencias de pertenecer a uno u otro de los regímenes.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, son fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el **Decreto 663 de 1993** y la **Ley 795 de 2003**.

El **deber de información** es un elemento propio de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que con lleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el **Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- artículo 72 literal f) y artículo 97**, normas modificadas por la **Ley 795 de 2003**, que en su **artículo 12** señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar **“...debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas...”**.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los **Decretos 2241 de 2010** y **2555** del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el Sistema General de Pensiones, como: **i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.**

Como ha quedado visto, el deber de información **es una obligación que, por ley, siempre han tenido las Administradoras de Fondos de Pensiones**, y un derecho para las personas afiliadas a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar a la persona interesada de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Tal razón justifica el contenido del artículo 3° del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a las personas afiliadas sobre la posibilidad de **retractarse**; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que “...las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados (as) el derecho a retractarse...”, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado, deber que, no se demostró en el proceso, hubiera sido acatado al momento del traslado.

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

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

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente abordó el tema que ocupa la atención de la Sala, en la **Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838**, redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del

afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, se puede extraer de las documentales aportadas que, el **1º de diciembre de 1995**, la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, luego se afilia a la AFP **HORIZONTE**, a partir del 1º de febrero de 1995; y finalmente, por efectos de la figura de cesión por fusión, se registra vinculación automática a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, con efectividad a partir del **1º de enero de 2014**, manteniendo tal afiliación hasta la fecha (pg. 115 – contestación Porvenir).

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen o vinculación, las entidades Administradoras de Pensiones **PROTECCION S.A.**, y **HORIZONTE**, hoy **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.

La única prueba con la que pretenden los fondos demandados, acreditar que cumplieron con el deber de información, es la copia de la solicitud de vinculación en la que reposa la leyenda "**VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese régimen lo hace de forma **libre, espontánea, y sin presiones**, circunstancias estas tres, muy diferentes a lo relacionado con haber suministrado la información suficiente al afiliado sobre las consecuencias positivas y negativas del traslado.

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

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

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando 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**.

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 **PROTECCION 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 deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que, estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, y es por ello que, **el valor de estas, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los gastos de administración debidamente indexados**, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., en razón de lo cual, vía consulta, se modificará la sentencia por este aspecto.

Como quiera que COLPENSIONES deberá actualizar la historia laboral de la actora, al momento de cumplirse la orden anterior, la administradora de fondo de pensiones del RAIS, deberá indicar debidamente discriminados, los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se concederá el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, y, una vez recibidos tales valores, COLPENSIONES contará con el mismo término para actualizar y entregar a la actora su historia laboral, razón por la cual se adicionará la providencia de primera instancia.

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

Finalmente, la arbitraria e improbada manifestación sobre la presunta afectación a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones por la declaratoria de ineficacia, bajo la vacía afirmación que se pone en peligro el Derecho Fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, no pasa de ser una mera suposición, pues si bien el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado, ello no riñe con las consecuencias del indebido proceder de los fondos, menos aun

cuando están en juego además de estos derechos, valores fundantes del estado mismo, como lo son, la solidaridad, la dignidad humana y el respeto por el trabajo del ser humano, que durante su vida laboral activa entregó toda su fuerza de trabajo y aportó para vivir dignamente en su vejez, sin que por ello se ponga en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

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

En razón a lo vertido, y sin necesidad de más consideraciones, se confirmará en lo demás la Sentencia apelada y consultada en lo atinente al traslado, pues la conclusión vertida de dejar sin validez el traslado de la demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que la demandante ha mantenido su afiliación a dicho régimen hoy administrado por Colpensiones, junto con los beneficios que sean aplicables a su caso.

Costas

En cuanto a la condena en **costas**, se tiene en cuenta que el artículo 365 del CGP, dispone que se condenará por dicho concepto a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; lo que descarta cualquier otro miramiento, referente a la buena o mala fe. Por lo cual, la condena impuesta en ese sentido en la decisión de primera instancia a las demandadas, se mantendrá al haber sido vencidas en juicio, siendo liberalidad juez, analizar en cada caso concreto las circunstancias de la misma, para imponer los montos a cada una de las condenadas, sin que necesariamente tengan que ser iguales para todas; razón por la que se confirmará lo relacionado a la condena en costas a las demandadas.

En ese orden, las **Costas** en esta instancia estarán a cargo de **COLPENSIONES, PROTECCION S.A.** y **PORVENIR S.A.**, por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de CUATRO

MILLONES DE PESOS (\$4'000.000) 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: MODIFÍCASE parcialmente y ADICIÓNASE el numeral **cuarto** de la **Sentencia 156 del 23 de agosto de 2022**, proferida por el **Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali**, en el sentido de:

*“**ORDENAR** a las AFPs **PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.**, que procedan a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de lo ahorrado por **NANCY ALZATE GIRALDO**, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los gastos de administración debidamente indexados.*

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

SEGUNDO: CONFÍRMASE, en todo lo demás, la **Sentencia 156 del 23 de agosto de 2022**, proferida por el **Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, conforme a las razones expuestas.

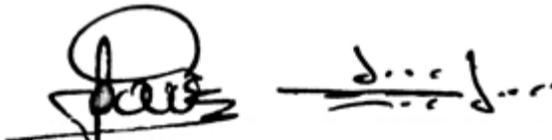
TERCERO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A.** y la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.**, y en

favor de la demandante NANCY ALZATE GIRALDO; liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de esta instancia, la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4'000.000) m/cte., a sufragarse por cada una ellas.

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

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

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente


ALVARO MUÑOZ AFANADOR
Magistrado


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada