



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso:	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	ALDEMAR COLLAZOS ANDRADE
Demandados	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Radicación	76001310501120180012101
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>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.</p> <p>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 elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.</p> <p>Traslados de administradoras dentro del RAIS: La actuación viciada de traslado del régimen de prima media con <i>prestación</i> definida al de ahorro individual, <u>no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.</u></p> <p>Procede la condena en costas a Colpensiones y Protección S.A. en primera y segunda en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, toda vez que ejercieron oposición y fueron vencidas en juicio.</p>

AUDIENCIA PÚBLICA No. 156

En Santiago de Cali, a los once (11) días del mes de diciembre de 2020, siendo el día y hora previamente señalados, el suscrito Magistrado **Jorge**

Eduardo Ramírez Amaya, en asocio de las demás integrantes de la Sala de Decisión, se constituye en Audiencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO NO. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020**, artículo 15, 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**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de dictar Sentencia de Segunda Instancia en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a **resolver los recursos de Apelación** formulados por las **demandadas Protección S.A., Colpensiones y Porvenir S.A.** contra la **Sentencia No. 100 del 6 de marzo del 2020**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el grado jurisdiccional de consulta de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por 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. 151

Antecedentes

Aldemar Collazos Andrade presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES** y las **Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones Cesantías Porvenir S.A. y Protección S.A.**, con el fin que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de todos los aportes y rendimientos. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

El demandante afirmó que nació el 1º de mayo de 1958, que inició su vinculación laboral en la empresa LITOGRAFICAS ROYCEL el 3 de septiembre de 1979, que posteriormente se vinculó con el MUNICIPIO DE PALMIRA, cotizando para el Regimen de Prima Media.

Sostuvo que estuvo cotizando al ISS, desde septiembre de 1979 hasta el mes de octubre de 1994, fecha en que empezó el traslado a Protección S.A.

Adujo que posteriormente en el mes de noviembre del 2002, se trasladó a la AFP Porvenir S.A., siendo éste su actual fondo.

Afirmó que dentro del proceso de afiliación, fue abordado por un promotor de la AFP Protección S.A., quien lo convenció de realizar el traslado, aduciendo que tendría una pensión de valor superior a la que recibía en el I.S.S. hoy Colpensiones, quedando vinculado con Protección S.A.

Sostuvo que, en el proceso de afiliación no se le explicaron las condiciones del traslado, ni mucho menos se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas, por lo que incumplieron su deber legal que tenían de proporcionar información veraz y completa respecto a las consecuencias negativas que tendría con el traslado al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), especialmente en lo relacionado con el monto de su pensión.

Mencionó que las AFP'S demandadas no le informaron acerca del derecho al retracto, el retorno al RPMDP antes de los 10 años del cumplimiento de la

pensión de vejez, no manifestaron acerca de las condiciones desfavorables que tenía al cambiarse al RAIS, a pesar de las ventajas, que tendría condiciones más favorables.

Manifestó que luego de solicitar una asesoría sobre su estado pensional a Porvenir S.A. y con la densidad de semanas y el salario cotizado se estima una mesada pensional inferior a la que recibiría en Colpensiones.

Afirmó acerca del error al que fue inducido por Protección S.A., solicitó que sea tenido como multifiliado, por cuanto es funcionario de carrera administrativa y creyó tener derecho a lo estipulado en el art. 15 de la Ley 100 de 1993, mod. Por el art. 3 de la Ley 797 del 2003, aplicando a su situación particular, en concordancia con lo estipulado en el Decreto 3595.

Sostuvo que el comité de multifiliación estableció que se encontraba válidamente vinculado a Colpensiones, de conformidad con lo estipulado en el art. 17 del Decreto 692 de 1994, Decreto 3995 de 2008 y /o ley 797 del 2003.

Arguyó que el 16 de noviembre de 2017, Porvenir S.A., le notificó que de acuerdo a la re-evaluación realizada por ambas administradoras en el comité de multivinculación del 22 de abril de 2015, el no registraba fecha de vinculación como servidor público en carrera administrativa, por lo que su vinculación con Porvenir S.A. es válida.

Sostuvo que, cuando solicitó el traslado nuevamente, éste no se pudo realizar por estar en los 10 últimos años para pensionarse, presentó reclamación administrativa a Colpensiones, para solicitar la nulidad de este traslado, sin embargo, fue resuelta en forma negativa.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, se opuso a todas las pretensiones incoadas por el actor. Manifestando que la entidad y Protección S.A. siempre suministraron toda la información y asesoría

completa y necesaria para que sus clientes, potenciales afiliados y ciudadanía en general conozcan los productos y servicios prestados por las Administradoras, sin que de ningún modo se les instruya para engañar, omitir información o violar la Ley como pretende insinuar la demandante. Propuso como excepciones de fondo: **Falta de legitimación en la causa; Inexistencia de la obligación; Ausencia de vicios en el consentimiento del traslado; Buena fe de la entidad demandada; Prescripción trienal y la innominada.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** se opuso a todas las pretensiones incoadas por el demandante teniendo en cuenta que el demandante por su propia cuenta solicitó vinculación a Protección S.A. tal y como quedó indicado expresamente en el formulario de afiliación y en las asesorías brindadas estando válidamente afiliado a Protección S.A., no existió engaño, la asesoría fue oportuna y eficaz. Propuso como excepciones de fondo: **Inexistencia de la obligación; Cumplimiento de los requisitos formales dispuestos para temas de afiliación; Inexistencia de vicios del consentimiento; Adecuada y oportuna asesoría; Prescripción de la acción de nulidad del acto jurídico; Falta de causa para pedir; Buena fe de mi representada; Inexistencia de obligación de traslado de aportes por parte de Protección S.A.; y la Generica.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** se opuso a la declaración de trasladar el valor de los saldos o aportes pensionales al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por cuanto es improcedente ese correspondiente traslado de las sumas de dinero acumuladas en la cuenta individual del afiliado, al no existir un fundamento jurídico alguno, maxime cuando se trata de una vinculación consolidada por decisión voluntaria del afiliado y validada por el transcurso del tiempo. Respecto a otras pretensiones se opuso y otras ni se opuso ni se allanó. Propuso excepciones de merito: **Prescripción; Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; Buena fe; Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; Ausencia de responsabilidad**

atribuible a la demandada; Enriquecimiento sin causa y la Innominada o genérica.

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, profirió la Sentencia **100 del 6 de marzo del 2020**; declarando la nulidad de la afiliación del demandante, señor Aldemar Collazos Andrade a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y posteriormente a la AFP Porvenir S.A. y en consecuencia, generar el regreso automático al RPMPD administrado por Colpensiones, de conformidad con lo considerado en precedencia; Condenó a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todas las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado del señor Aldemar Collazos Andrade, por el tiempo que este haya estado afiliado a cada una de las AFP del RAIS; ordenó a Colpensiones a que reciba al señor Aldemar Collazos Andrade y que reciba las sumas provenientes de la AFP Protección S.A. y la AFP Porvenir S.A. para mantener su estabilidad financiera y para financiar la prestación económica que como administradora del régimen de prima media debe asumir en favor de la demandante, cuando haya lugar a ella; condenó en costas a las entidades demandadas Protección S.A., Colpensiones y Porvenir S.A.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión impugnaron la **AFP Protección S.A., Colpensiones y la AFP Porvenir S.A.**

La **AFP Protección S.A.** Presentó recurso de apelación frente a cada uno de los puntos de la sentencia, adujo que no comparte que en la sentencia se haya acreditado por la parte demandante la afiliación y el no deseo de continuar con Protección S.A.

Frente a los gastos de administración, afirmó desde la contestación de la demanda que los mismos han sido utilizados para el buen manejo y de la ganancia de los aportes representados por el demandante

Manifestó que no se encontraba de acuerdo con la liquidación de las costas.

Posteriormente, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación respecto de las costas, manifestando que la entidad es ajena a la voluntad que llevo el demandante a trasladarse de régimen.

Igualmente, **Porvenir S.A.** solicitó que se revoque la Sentencia apelada en todos sus numerales. Adujo que si la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es amplia en estudiar y establecer como se decantan estos procesos entonces también debe ser amplia la interpretación del Juez de instancia al momento de evaluar el precedente Jurisprudencial y aún más los presupuestos facticos que pretendan equiparar en caso en concreto.

Manifestó que, las mismas normas de protección al consumidor financiero que en determinado momento se pueden enunciar para dar cuerpo argumentativo a las pretensiones del demandante en ningún momento trataron a la persona interesada en la afiliación a un fondo de pensiones en este caso Porvenir S.A., un fondo adscrito al RAIS como quien no pudiera determinar el curso de su voluntad a pesar de las condiciones técnicas del aseguramiento o promoción de la invalidez, el literal b del art. 6 de la Ley 1328 del 2009 estipuló que por parte del consumo financiero “ el deber de informar sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear indagando sobre las condiciones generales de dicha operación por lo tanto la normatividad también establece unas condiciones de consumo en las que si bien los fondos de pensiones deben otorgar información precisa el consumidor en este caso el afiliado que es el sujeto de la promoción de afiliación debe ser capaz de ejercer al menos su propia diligencia.

Por otro lado, adujo que, en lo que respecta a la esencia del fallo de primera instancia apelado, en sentencia de inconstitucionalidad 345 del 2017, la Corte Constitucional estableció que el término ineficacia aguarda un sentido muy amplio respecto a las manifestaciones de la voluntad defectuosa por lo tanto sostuvo la corte que "...dicha categoría general, comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia la nulidad absoluta, la nulidad relativa la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad..." sostuvo también esa Corte en ese mismo pronunciamiento que en la ineficacia, como término jurídico amplio que soportan dentro de sí otras subcategorías, se producen aquellos supuestos en los cuales los requisitos o condiciones de existencia de un acto jurídico en este caso la afiliación primigenia, supuestos en los cuales los requisitos o condiciones de existencia de dicho acto son nulos.

Ahora, respecto a la categoría de nulidad la cual está inmersa dentro de lo que es el género de la inexistencia se puede precisar que en dicha categoría, cualquiera de sus variantes es una sanción aplicable al negocio jurídico cuando se configura un defecto en las denominadas condiciones de validez, por ejemplo la capacidad de las partes en este caso de los sujetos, el consentimiento exento de vicios entiéndase error, fuerza o dolo o la ilicitud de la causa y del objeto.

Afirmó que, las consideraciones del despacho refieren a que, existe un vicio en el consentimiento por error, que se configura a partir de una supuesta sustracción de la AFP Protección respecto al deber de información para con el afiliado, dicho eso y teniendo en cuenta la nulidad absoluta por causa u objeto ilícito es absolutamente improcedente su saneamiento, entonces se está frente a un caso en el que si bien existió algún vicio en el consentimiento el acuerdo mediante el cual el demandante se afilió al régimen del RAIS, se ha saneado por ratificación de las partes en este caso su afiliación a Protección y posterior afiliación a la entidad Porvenir S.A. por el paso del tiempo eso incluye mas de 20 años afiliado al RAIS y por lo tanto no puede

predicarse vicio alguno al traslado de régimen del afiliado, puesto que en el presente proceso no se demostró 1. Que haya faltado completamente a la voluntad o sea una voluntad defectuosa total y más aún que la Jurisprudencia no considera que si se configura uno de estos vicios en el consentimiento eso se equipare a un defecto total de la voluntad. Adujo que, no ha concurrido alguno de los elementos de la esencia del acto de afiliación, puesto que el demandante para ese tiempo era mayor de edad y por lo tanto era capaz jurídica y físicamente.

Que, resulta acertada la consideración del juez en primera instancia respecto del deber de informar íntegramente al afiliado por parte de la AFP pero no es menos cierto que la Jurisprudencia establecía respecto a dichos requisitos posterior al traslado de régimen pensional del demandante, nótese que es a partir del año 2008, que se decanta con claridad y precisión necesaria, respecto al deber de información de la misma como también las formas en las que debe colocarse en conocimiento las características del RAIS en términos estrictamente jurisprudenciales.

Finalmente, que es inadmisibles que se le endilgue la carga a Porvenir S.A. de trasladar valores de la cuenta de ahorro individual del demandante que recibió de buena fe y la oposición se da en razón a que no fue con Porvenir S.A. con quien se efectuó el traslado de régimen pensional ni mucho menos tiene las facultades de un Juez de la república para declarar nula la procedencia del demandante al momento de pasar de Protección S.A. a Porvenir S.A.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver sobre los **recursos de apelación** de las **demandadas** AFP's **Protección S.A., Porvenir S.A.,** y **Colpensiones**, 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 fungue como garante, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Revisado el proceso, encontrando que 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 actor Aldemar Collados Andrade se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES, a partir del 3 de septiembre de 1979 (fl. 22); **II)** posteriormente, el actor diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP Protección S.A** el 6 de octubre de 1994, siendo efectiva su afiliación el 1 de noviembre de 1994 (fls. 78 y 82); **III)** a su vez, el actor diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP ING**, (hoy Protección S.A.) el 6 de febrero del 2002, siendo efectiva su afiliación el 1 de abril del 2002 (fl. 82); **IV)** el actor diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP Porvenir S.A.** el 20 de septiembre del 2002, siendo efectiva su afiliación el 1 de noviembre del 2002 (fls. 110 y 111); **V)** el actor presentó documento solicitando el traslado de régimen pensional ante Porvenir S.A. y la entidad a través de documento Radicado 0200001147760400 del 16 de noviembre del 2017 respondió negando la pretensión. (fl. 38); **VI)** el actor el 19 de febrero del 2018 presentó reclamación administrativa solicitando la nulidad absoluta del traslado efectuado hacia la AFP Porvenir S.A. y la entidad respondió a través de Resolución BZ2018_1924322-0512567 del 19 de febrero del 2018 negando la solicitud. (fls. 39 y 40)

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; **II)** la falta de diligencia del afiliado sana el vicio de la voluntad; **III)** los traslados sucesivos entre fondos al interior del RAIS y su permanencia en ellos por un largo período de tiempo ratifican el traslado de régimen pensional; **IV)** si es cierto que al momento de la afiliación del accionante, la norma no contemplaba los requisitos normativos y jurisprudenciales que se exigen en la actualidad sobre el deber de información; **V)** si es viable ordenar el traslado de los rendimientos y gastos de administración de la cuenta de ahorro individual del actor; y, **VI)** si procede la condena en costas a Colpensiones y Protección S.A. en favor del demandante.

Análisis del Caso

Ineficacia de Traslado

El traslado como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto de que el fondo respectivo debe brindar a su afiliado 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, 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 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.

Dicha 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.

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

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

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente abordó el tema que ocupa la atención de la Sala, en la Sentencia SL 1688-

2019, radicación 68838, redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

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

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor¹ o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, y como ya se advirtió en hechos probados, obra copia de la solicitud de vinculación del **6 de octubre de 1994** e historial de vinculaciones que dan cuenta que el demandante fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con la **AFP Protección S.A.** (fls. 78 y 82)., evento que tuvo lugar a partir del **1 de noviembre de 1994**.

Posteriormente, el accionante se afilió a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING como traslado entre AFP'S, tal y como se visualiza a través del historial de vinculaciones del 6 de febrero del 2002 (fl. 82), finalmente el actor se afilió a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. tal y como se visualiza a través de la solicitud de

vinculación del 20 de septiembre del 2002, siendo este, el último traslado que realizó entre las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (fls. 110 y 111).

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que al momento del respectivo traslado de régimen, las entidades Administradoras de Pensiones **Porvenir S.A.** e **ING, hoy Protección 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.

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 debe 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 accionante, 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 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 AFP's 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 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.

En lo concerniente a que el afiliado debió haber sido capaz de ejercer su propia diligencia, la Colegiatura considera que no le es dable a los fondos demandados trasladar la carga que la ley les ha impuesto desde siempre en el sentido de entregar una oportuna, veraz y completa información a sus afiliados sobre las consecuencias de los actos de afiliación y traslado, por consiguiente 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 le hayan suministrado al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

En atención al recurso de apelación interpuesto en lo relacionado a que la norma, al momento del traslado, no contemplaba los requisitos normativos y jurisprudenciales que se exigen actualmente se reitera que, desde su fundación, las Sociedades Administradoras de fondos de Pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

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 de tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias **SL1452**, **SL1688**, y **SL1689 de 2019 M-P**. CLARA CECILIA DUEÑAS.

Finalmente 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 Protección S.A. ejercieron oposición en el desarrollo del proceso y finalmente fueron derrotadas en juicio, de tal suerte que debe asumir las consecuencias, entre estas, la de la condena en costas.

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.

Así mismo, con lo aquí considerado se tienen atendidos los alegatos de conclusión que fueron presentados por las partes, los cuales se despacharon negativamente en las respuestas dadas por la Sala a cada uno de los puntos de apelación, así como al demandante, a quien se confirmará la decisión.

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.

En ese orden, las **Costas** en esta **segunda instancia** estarán a cargo de **Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.**, en favor del demandante, por no haber sido avante en sus recursos de apelación, incluyendo en ellas la suma de dos millones de pesos como agencias en derecho para cada una.

Decisión

En mérito de lo expuesto, ésta Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la **Sentencia 100 del 6 de marzo del 2020** proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, en todo lo demás, por las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, y en favor del demandante; liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de ésta instancia, la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000,00), para cada una.

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

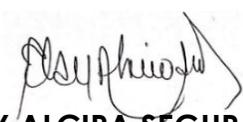
No siendo otro el objeto de la presente se firma en constancia como aparece.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente

(AUSENCIA JUSTIFICADA)

HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO
Magistrado


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada