



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	GILBERTO VELVER MORENO MENDOZA
Demandados	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.
Radicación	760013105010201800011 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> <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.</p>

AUDIENCIA PÚBLICA No. 074

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) días del mes de mayo de 2021, 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, se constituye en Audiencia, 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**, 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 **Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.** contra la **Sentencia 121 del 21 de julio de 2020**, 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 3° del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por las **demandadas 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,

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

SENTENCIA No. 071**Antecedentes**

GILBERTO VELVER MORENO MENDOZA presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías 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 señala que nació el 5 de agosto de 1961; e inicialmente, que estuvo afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy Colpensiones, desde el 17 de septiembre de 1980 hasta el mes de agosto de 1995; cuando realizó su vinculación al RAIS administrado en ese momento por PROTECCION S.A..

Que posteriormente, el 1º de julio de 2002, el actor se trasladó a PORVENIR S.A..

Que en el proceso de afiliación fue abordado por un promotor de PROTECCION S.A., convenciéndolo de realizar el traslado, aduciendo que la pensión a percibir sería superior a la que le otorgaría el ISS. Que no se le explicaron las condiciones de su traslado, incumpliendo con el deber de brindar toda la información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas que tendría al afiliarse al RAIS; no se le informó sobre el derecho al retracto, ni la posibilidad de retornar al RPM antes de que le faltaren menos

de diez años para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la presente, considerando que son hechos ajenos a esa entidad; que el traslado realizado por el actor del RPM al RAIS tiene plena validez; y que la nulidad del contrato suscrito por el actor con la AFP deberá probarse en la presente acción. En su defensa, propuso las excepciones de mérito: **Inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, Prescripción, Buena fe, Cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas por la parte actora, considerando que no existió omisión por parte de esa entidad de entregar al actor toda la información que requería para que tomara una decisión frente al traslado del RPM al RAIS, por lo cual fue éste quien decidió de manera libre, espontánea y con consentimiento informado de realizar el traslado de régimen; aunado a que han transcurrido más de 23 años desde su traslado. En su defensa, propuso excepciones de mérito las denominadas: **Validez de la afiliación a Protección S.A., Validez del traslado de régimen del RPM al RAIS y el traslado entre AFPs realizados 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, y Compensación.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas, manifestando que la demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el

formulario de vinculación o traslado a PORVENIR, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso, pues con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. En su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripción; falta de causa para pedir, Inexistencia de las obligaciones demandadas, Buena fe, Prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo;, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, aprovechamiento indebido de recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, y Enriquecimiento sin causa.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia 121 del 21 de julio de 2020**; declarando no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; y así mismo, la ineficacia y por tanto sin validez alguna el traslado de régimen del Régimen de Prima Media administrado por el extinto ISS, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A., y por tanto sin validez alguna la afiliación que suscribiera GILBERTO VELVER MORENO MENDOZA, en julio de 1995. Condenando a la AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCION S.A. a realizar el traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor GILBERTO VELVER MORENO MENDOZA, como cotizaciones o capital ahorrado, junto con los respectivos rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., gastos de administración, las comisiones percibidas, junto con los rendimientos que hubiere operado y los bonos pensionales, y cualquier suma de dinero que hubiere recibido por concepto de aportes durante el tiempo que el demandante estuvo aportando a los fondos privados AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCION S.A. Ordenando a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que una vez reciba el traslado de la totalidad de recursos por parte de las

administradoras aquí condenadas, proceda a computar en la historia laboral del demandante, los respectivos aportes pensionales. Se imponen costas a cargo de Porvenir S.A., Protección S.A., y Colpensiones.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión, impugnan las demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCIÓN S.A.**

El apoderado de **COLPENSIONES**, argumenta que el demandante no cumple con los requisitos del literal e) del Art.13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto actualmente cuenta con 58 años de edad, no siendo dable reconocer el traslado de régimen.

Que al actor no se le puede realizar el traslado de régimen en cualquier tiempo, por cuanto la prohibición normativa se encuentra vigente, y no se cumple con los parámetros establecidos en los lineamientos jurisprudenciales de la sentencia C789 de 2002, C1024 de 2004 y SU 230 de 2013.

Que frente a la condena en costas, considera que no se encuentra demostrado que esa entidad haya inducido en error o haya motivado de alguna manera la vinculación del demandante hacia los fondos privados. Y que al ser llamada a juicio como demandada y ser una entidad Estatal, se hace necesario ejercer la debida defensa técnica en pro del sistema general de pensiones.

Que frente a la obligación de recibir, señala que la misma podría afectar directa o indirectamente a Colpensiones. Razón por la cual solicita se revise la decisión de primera instancia, por vulnerar a futuro la sostenibilidad financiera de esa entidad, quien tendrá a su cargo el reconocimiento de

prestaciones pensionales, posibles intereses moratorios, sin haber percibido los aportes del demandante durante toda su vida laboral.

La apoderada de la demandada **PORVENIR S.A.**, argumenta que esa entidad no vulneró ningún derecho del actor, conforme se argumenta en la decisión apelada, lo anterior atendiendo la normatividad que regía a las administradoras de fondos de pensiones para la época en la que el demandante suscribió su afiliación con Porvenir.

Que Porvenir proporcionó al actor un panorama claro relacionado con las implicaciones de permanecer en el RAIS, donde ya se había trasladado previamente, y con ello fue que, a través de su expresión de voluntad, de manera libre e informada, decidió suscribir el formulario de traslado de AFP.

Que los formularios suscritos por el demandante con Porvenir, no fueron tachados de falsos, y en esa medida ha manifestado la voluntad en ellos plasmada fue de manera libre y voluntaria.

Que la declaratoria de ineficacia implica retrotraer las cosas al estado inicial, como si la afiliación a Porvenir nunca se hubiera realizado, y en ese sentido, Porvenir nunca hubiese administrado los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, y nunca le hubiese generado unos rendimientos financieros. Por lo que considera, que no es procedente la orden de la devolución de estos rubros.

Que en la orden de devolver los bonos pensionales, no se tiene en cuenta que es el Ministerio de Hacienda quien tiene en su poder estas sumas, y que esa entidad es una mera intermediaria entre el actor y dicho Ministerio. Por lo que no es procedente que se ordene la devolución de unas sumas que no se encuentran en su poder.

Que igualmente no es procedente la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses, por cuanto si se aplica lo

dispuesto en el Art. 1746 del C.C., se estaría frente a una pérdida de las restituciones mutuas, y en este caso, la parte que realizó la inversión debe entenderse como el demandante a través de sus aportes, por tanto, las pérdidas que debe asumir producto de la buena gestión y administración realizada por Porvenir, se materializan a través de los gastos de administración y las primas que han sido pagadas debidamente a la aseguradora; lo cual constituiría un enriquecimiento sin justa causa a cargo de Colpensiones, puesto que tal entidad no tiene que entrar a pagar estos valores a una aseguradora como así lo ha hecho Porvenir.

Que el deber de información no es un elemento de una sola vía, pues al demandante también le asistía dicho deber, de manera diligente y oportuna, a cerca del sistema de pensiones al cual se estaba afiliando. No obstante,, solamente manifestó su voluntad de seguir afiliado al RAIS, porque inicialmente se traslado a PROTECCION, luego a PORVENIR, y posteriormente con HORIZONTE. Así como realizó dichos traslados, tuvo la posibilidad de haber regresado al RPM, pero no lo hizo. Solo esperó a estar incurso en la prohibición de traslado entre regímenes, para preocuparse por su futuro pensional.

Que en la sentencia apelada no fue decretada la prescripción, por lo que considera que al tratarse de una ineficacia de un traslado de régimen, no significa que se encuentre ante un derecho pensional per se, y que por esa vía se pueda concluir que esa acción no es susceptible de prescripción , según lo dispuesto en los artículo 488 del C.S.T. y 151 del CPT y SS.

Finaliza solicitando revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar se absuelva a Porvenir de las condenas impuestas.

El apoderado judicial de **PROTECCION S.A.**, argumenta que en referencia a los gastos de administración, de cada aporte el 16% del IBC, la AFP ha efectuado un descuento del 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional de la compañía de seguros, descuento

permitido en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la 797 de 2003, que opera tanto para el RAIS como para el RPM.

Que durante todo el tiempo que el demandante ha estado afiliado al fondo de pensiones obligatorias administrado por Protección S.A. la entidad ha administrado los dineros de la cuenta de ahorro individual, gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, pues Protección es una entidad financiera experta en los recursos de propiedad de sus afiliados. Y dicha gestión se ve reflejada en los rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual del demandante.

Por lo que considera que no es dable que se ordene la devolución de los valores que Porvenir ha descontado por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas, y fueron realizados conforme a la ley.

Que de acuerdo al Art. 1746 del C.C. sobre restituciones mutuas, intereses y frutos, y abonos de mejoras, debe entender que aunque se declare una ineficacia o nulidad de afiliación, y se haga la ficción de que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, los cuales son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la AFP, por tanto tal comisión se debe conservar al haber hecho rentar el patrimonio.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver sobre los **recursos de apelación** interpuestos por la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCIÓN S.A.** respecto de la sentencia proferida por la 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)** el actor GILBERTO VELVER MORENO MENDOZA se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES, a partir del 17 de septiembre de 1980 (fl. 187); **II)** posteriormente, el actor se trasladó al fondo de pensiones **PROTECCIÓN S.A.**, de forma efectiva a partir del 1º de agosto de 1995 (fl. 146); **III)** Luego realizó traslado entre fondos de **PROTECCIÓN S.A.** a **PORVENIR S.A.**, con fecha efectiva 1º de marzo de 1997 (fl. 146); **IV)** de igual forma, se realizó traslado entre los fondos **PORVENIR S.A.**, a **HORIZONTE**, siendo fecha de inicio de efectividad el 1º de septiembre de 2011 (fl. 146), y debido a cesión por fusión, el demandante regresó a **PORVENIR S.A.**, desde el 1º de enero de 2014; **IV)** la actora el 27 de diciembre de 2017, radicó ante **Colpensiones**, solicitud de nulidad de traslado efectuado hacia PORVENIR S.A.; petición que fue resuelta de forma negativa con comunicación de la misma fecha, bajo el argumento de que la afiliación o traslado fue realizado de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen (fl. 34).

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)** el traslado de gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual del afiliado, del RAIS al RPMPD.

Análisis del Caso

Ineficacia de Traslado

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

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

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el

carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, son fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el **Decreto 663 de 1993** y la **Ley 795 de 2003**.

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

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

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

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que **por ley siempre han tenido las Administradoras de Fondos de Pensiones**, y un derecho para las personas afiliadas a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una

información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar a la persona interesada de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Tal razón justifica el contenido del artículo 3° del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a las personas afiliadas sobre la posibilidad de **retractarse**; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que “...las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados (as) el derecho a retractarse...” que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

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

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

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente abordó el tema que ocupa la atención de la Sala, en la Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838, redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

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

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

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

Descendiendo al asunto de marras, se tiene que conforme a la copia del historial de vinculaciones, que obra a folio 1467, se puede extraer que el demandante **GILBERTO VELVER MORENO MENDOZA** fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, con fecha efectiva de afiliación el 1º de agosto de 1995.

Posteriormente, la accionante se afilió a la Administradora de Fondos de Pensiones **Porvenir S.A.**, como traslado entre AFP'S, con fecha efectiva el 1º de marzo de 1997; de ahí se traslado al fondo HORIZONTE, en fecha 1º de septiembre de 2011. Y finalmente, por la figura de cesión por fusión, el actor fue vinculado nuevamente al fondo **Porvenir S.A.**, al cual se encuentra afiliado actualmente (fl. 146).

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 **Porvenir**

S.A., Horizonte, o 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, a la demandante.

No se denota que las entidades de Seguridad Social demandadas 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 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 la solicitud de vinculación en la que reposa la leyenda "**VOLUNTAD DE AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese régimen la hace de forma libre, espontánea, y sin presiones.

No obstante, tal documento es precario para lograr el cometido pretendido por el fondo privado, 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 la AFP debió dirigir a la demandante referente a la posibilidad de retractarse.

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

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 tanto **PROTECCIÓN S.A.** como a **PORVENIR S.A.** que procedan a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, 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 bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los gastos de administración, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**, como lo dispone el artículo 1746 del C.C..

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

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

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

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 COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., se mantendrá al haber sido vencidas en juicio.

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 avantes en su recurso 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

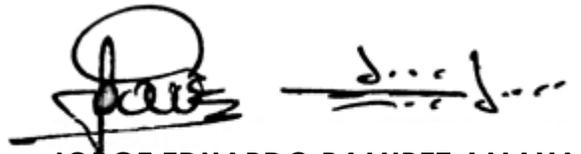
PRIMERO: CONFÍRMASE la **Sentencia 121 del 21 de julio de 2020**, proferida por el **Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, por lo motivado.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, 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) m/cte, a sufragarse por cada una ellas.

TERCERO: 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



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada