



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	LEONARDO ROJAS CADENA
Demandados	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.
Radicación	760013105001201900402 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 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.</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 las AFPs 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</p>

	<p>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. 118

En Santiago de Cali, a los dieciocho (18) días del mes de junio 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 la parte **demandante** y las demandadas **Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A.** contra la **Sentencia 146 del 11 de agosto de 2020**, proferida por el **Juzgado Primero 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

Fueron presentados por las **demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones**, los cuales son tenidos en cuenta en la presente decisión.

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

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala, a proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 114

Antecedentes

LEONARDO ROJAS CADENA presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A., Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A. y SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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, rendimientos y gastos de administración. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen, de los hechos, el actor señaló que, nació el 31 de diciembre de 1962; y que, desde el 30 de agosto de 1994, se afilió y cotizó al Régimen de Prima Media, hasta el mes de octubre de 1994 cuando se trasladó a RAIS administrado en ese momento por COLMENA AIG PENSIONES Y CESANTIAS, hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A..

Señaló que la decisión de trasladarse de régimen fue debido a que un promotor de la AFP lo convenció 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.

Que tiempo después se trasladó a PORVENIR S.A., y finalmente a SKANDIA, donde se encuentra vinculado en la actualidad.

Que, habiendo presentado solicitud de traslado ante SKANDIA la misma fue resuelta de forma negativa bajo el argumento de estar a menos de diez años para acceder a la pensión de vejez. Y acudiendo ante COLPENSIONES para solicitar la nulidad de traslado de régimen, tal petición fue denegada.

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la presente, argumentando que la selección de cualquiera de los regímenes existentes, RPM o RAIS, es potestad única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria, por lo cual esa entidad no está obligada a realizar el traslado solicitado por el actor. Finalmente, en su defensa propuso las excepciones de mérito: **Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y prescripción.**

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., al dar contestación a la acción, se opuso a todas sus pretensiones, considerando que la afiliación del demandante se había realizado siguiendo cada uno de los lineamientos de ordenamiento jurídico, proporcionándole toda la información pertinente para que tomara la decisión consciente. En su defensa propuso las excepciones de mérito: **Old Mutual no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, convalidación del acto jurídico, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, y buena fe.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, considerando que el traslado del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se realizó con el lleno de los requisitos legales y por ende la selección del régimen, la realizó el demandante de forma libre, espontánea y sin presiones. En su defensa propuso las excepciones de fondo: **Prescripción, Validez del traslado del actor al RAIS, Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Compensación, Buena fe de la entidad demandada.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas, manifestando que la afiliación del demandante a esa entidad, fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal y como se desprende de la solicitud de vinculación en el que se observa la declaración escrita referida en el Art. 114 de la Ley 100 de 1993. En su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripción, Buena fe, inexistencia de la obligación.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia 146 del 11 de agosto de 2020**; declarando no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; y así mismo, la ineficacia de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y sus traslados posteriores a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., realizado por el señor LEONARDO ROJAS CADENA, desde el

año 1994; y por tanto, que para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante. Condenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante. Ordenando a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, admitir nuevamente al señor LEONARDO ROJAS CADENA en el régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.; Imponiendo costas a Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A., exceptuando a Colpensiones.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión la impugnan el apoderado de la parte **demandante**, y las apoderadas de las demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A., Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A. y SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A..**

El apoderado de la parte **demandante**, en la sustentación del recurso considera que de conformidad con el Artículo 365 del CGP, en todo proceso donde exista una controversia y se de un vencido, éste debe ser condenado en costas. Que como se puede observar COLPENSIONES al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones y propone excepciones de fondo, y así se debe tener como vencida dentro del proceso. Por lo cual solicita ordenar a COLPENSIONES al pago de las costas y agencias en derecho en primera instancia.

El apoderado judicial de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, entre los argumentos planteados para sustentar el recurso de apelación, considera que si bien la Corte Suprema de Justicia ha establecido que en estos casos no opera el régimen de nulidades, en ese sentido no se le puede dar a la sentencia una consecuencia jurídica de una nulidad, pues la consecuencia lógica jurídica, conforme al "Art. 271", es dejar libre al demandante para que pase su afiliación, pero nada se dice sobre los gastos de administración.

Que el "Art. 1746" es claro al establecer que las restituciones mutuas que hayan de hacerse, los contratantes en virtud de ese pronunciamiento serán responsables de la pérdida de cada especie. Por lo cual debió obligar igualmente al demandante a restituir los intereses financieros de los cuales se lucró, pues tales intereses llegaron a su cuenta de ahorro individual, y por tanto se van a ir a la cuenta de Colpensiones, y va a beneficiar en materia de semanas al demandante; incumpliendo así lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia al establecer que las partes que se lucran de un contrato que se declara nulo, como al parecer aquí se declaró, tiene la obligación de restituir mutuamente los ejercicios financieros y frutos a su propio cargo.

Por lo que finaliza considerando que se debe dar aplicación imparcial al "Art. 1746", y no de manera parcial y sesgada como se hace en este caso, al obligar a una sola parte a hacer restituciones y a la otra no.

Que también se hace una mala aplicación de la sentencia "C-345", pues a una ineficacia de pleno derecho, se le está dando una consecuencia jurídica de una nulidad, que denota el desconocimiento absoluto de estas dos figuras.

Por lo cual solicita sea revocada la condena impuesta a esa entidad en cuanto a la devolución de los gastos de administración.

La apoderada judicial de **SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.**, en su recurso de apelación, manifiesta que conforme al Decreto 3995 de 2008, Art. 8, que hace referencia al traslado de recursos entre regímenes, esto es, que cuando se trata de una administradora del RAIS debe trasladar los aportes efectuados por el trabajador destinados en su cuenta de ahorro individual; además, dicha norma nada regula frente a que con esos traslados se debe incluir los gastos de administración, lo cual guarda armonía con concepto 2019152169-003 del 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera.

Que el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, no se encuentran en las arcas de la AFP, toda vez que desde la fecha que el demandante se encuentra afiliado a esa entidad, goza de una cobertura en posibles contingencias por invalidez y muerte. Motivo por el cual una parte de esos gastos están destinados para cubrir y pagar dichas pólizas, y la otra parte para cubrir la comisión de administración.

Que al cubrir con su propio patrimonio lo correspondiente a la devolución de los gastos de administración, se generaría un perjuicio a la sostenibilidad del sistema.

Que siendo el destino de dichos gastos de administración, para fines diferentes al cubrimiento de la pensión del afiliado, sobre dicho concepto se opera la prescripción.

Por lo cual solicita sea revocada la sentencia proferida puntualmente lo correspondiente a los gastos de administración.

Inconforme con la decisión la impugna, igualmente, la apoderada de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, considerando que, respecto de los gastos de administración, de cada aporte realizado por el demandante del 16%, un 3% fue destinado a cubrir dicho gasto y para pagar el seguro provisional a la compañía de seguros. Descuentos que se encuentran debidamente autorizados por la ley.

Que durante todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado a la AFP, Protección ha administrado los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, pues ese fondo es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de sus afiliados, y adicional, dicha administración se ve evidenciada en los buenos rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual del demandante.

Por lo que considera, que no es procedente que se ordene la devolución de lo descontado por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración, y segundo porque el demandante ya no se encuentra vinculado con Protección.

Por parte de la demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, se presenta recurso de apelación, bajo el argumento de que el actor seleccionó el régimen de preferencia en virtud del art. 13 de la Ley 100 de 1993; y además de ello el afiliado cuenta con 58 años de edad estando cercano a cumplir con la edad para acceder a la pensión de vejez.

Que además no se tuvo en cuenta los criterios de sostenibilidad financiera referenciados en la sentencia C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, que

permitirían una futura descapitalización del régimen de prima media con prestación definida.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver los **recursos de apelación** interpuestos por la parte **demandante** y las demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A., Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A. y SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.**, respecto de la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3° 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)** conforme a Historia Laboral Consolidada, el actor **LEONARDO ROJAS CADENA** registra afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS**, hoy **COLPENSIONES**, a partir del 28 de marzo de 1988 (fls. 137 y 146); **(ii)** posteriormente, el actor, diligenció el formulario de afiliación ante **COLMENA**, hoy **PROTECCION S.A.**, el 21 de octubre de 1994 (fl. 170), siendo fecha de inicio de efectividad el 1° de noviembre de 1994 (fl. 172); **(iii)** posteriormente, el actor registra vinculación y pago de aportes con

HORIZONTE, hoy PORVENIR, desde el mes de enero de 1996 (fls. 137 a 142); **(iv)** finalmente, el 29 de junio de 2011, el demandante suscribió formulario de afiliación con **SKANDIA S.A.**, siendo efectiva su vinculación a partir del 1º de agosto de 2011, donde se encuentra afiliada en la actualidad (fl. 129); **(v)** el **actor** el 27 de junio de 2019, elevó ante Colpensiones solicitud de nulidad de traslado realizado hacia Protección S.A., petición que fue negada mediante comunicación del 28 de junio del mismo año bajo el argumento de haber realizado la afiliada el traslado de forma libre y voluntaria, y faltarle menos de diez años para acceder al derecho pensional por vejez (fl. 37 a 39).

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 afiliada en el **RAIS**; e igualmente analizar si resulta procedente: **II)** la ineficacia del traslado de régimen pensional toda vez que, el actor no ejerció su derecho al retracto; **III)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que el actor 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, el actor 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. **VI)** la procedencia de condena en costas a la parte vencida en juicio.

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 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 consumidor o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, obra copia de la solicitud de vinculación e *Historia Laboral Consolidada*, que dan cuenta que el 24 de octubre de 1994, el demandante suscribió solicitud de trasladado del **RPM** al **RAIS** con

COLMENA Cesantías y Pensiones, hoy **PROTECCIÓN S.A.**, siendo fecha de inicio de efectividad el **1º de noviembre de 1994** (fls. 137, 170, 172); y que dentro del mismo régimen estuvo vinculado a **HORIZONTE**, hoy **PORVENIR**, desde el mes de enero de 1996; y finalmente, se vincula a **SKANDIA**, a partir del 1º de agosto de 2011, donde se encuentra afiliado en la actualidad.

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 **COLMENA**, hoy **PROTECCION S.A.**; **HORIZONTE Pensiones y Cesantías**, hoy **PORVENIR S.A.**; y **SKANDIA 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 la solicitud 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 la 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 la AFP debió dirigir al 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 falta menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689**, todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

“...De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se radica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...”. (Negrilla fuera de texto)

A su vez, se reitera en las comentadas decisiones, que la acción dirigida a dejar sin efectos dicho traslado es inescindible del derecho a la Seguridad Social, de suerte que comparte con éste la condición de **imprescriptible**.

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 esta Sala, entonces, que es dable ordenar tanto a **SKANDIA S.A.** como a **Protección S.A., y 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 valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los **gastos de administración**, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Adicionalmente, hace énfasis la Sala en que el traslado de los gastos de administración no forma parte de los valores que conforman los ahorros de la cuenta individual del actor 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 del actor.

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

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

Costas

Respecto de la solicitud de la parte actora, en su recurso de apelación, en cuanto a imponer **costas** de Primera Instancia a la demandada **COLPENSIONES**; se debe tener 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 este caso, considera la Sala que COLPENSIONES fue igualmente vencida en juicio al haber presentado oposición a las pretensiones del actor, y por tanto, correspondía la imposición del pago de las costas. Por tanto, al ser las costas una erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, es que la decisión recurrida se **adicionará** en el sentido de que en esa primera instancia concurren las costas a cargo de COLPENSIONES, y en favor del demandante, en suma adicional y en la misma proporción que fueron condenadas las demás demandadas.

En ese orden, las **Costas** en esta instancia estarán a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.** y en favor del demandante **LEONARDO ROJAS CADENA**, 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: ADICIÓNASE la sentencia **146 del 11 de agosto de 2020**, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, en el sentido de: **“CONDÉNASE a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, para que concurra al pago de las Costas de Primera Instancia, en favor de la parte actora, en suma adicional e igual a la impuesta a las demandadas **Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A.**”**, por lo motivado.

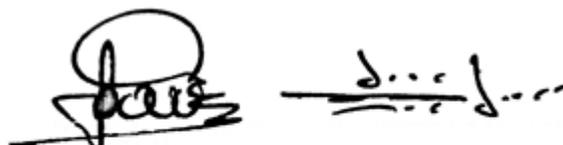
SEGUNDO: CONFÍRMASE en todo lo demás la Sentencia 146 del 11 de agosto de 2020, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, conforme a las razones expuestas.

TERCERO: CONDÉNASE en COSTAS en esta instancia a cargo de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A., Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A. y SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.**, y en favor del demandante; liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de esta instancia, la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000) m/cte., a sufragarse por cada una 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



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada