



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	GILMAR IVÁN MURILLO CAMPO
Demandados	COLPENSIONES- EICE., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Radicación	76001310500820190085601
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	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. 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. 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.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 186

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 proceden a **resolver los recursos de apelación** formulados por las demandadas **Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones** contra la **Sentencia No. 228 del 21 de septiembre de 2020**, proferida por el **Juzgado Octavo 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 la parte **demandante** y las **demandadas Porvenir S.A., y Colfondos 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. 180

Antecedentes

Gilmar Iván Murillo Campo presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías** y la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías**

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

PORVENIR S.A.², con el fin que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de todos los aportes y rendimientos. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen, de los hechos, el demandante señaló que, nació el 17 de octubre de 1959.

Que antes de su afiliación al Fondo de Pensiones Colfondos, se encontraba afiliado al ISS Instituto de Seguro Social hoy liquidado y que fue reemplazado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones donde cotizó durante varios años.

Afirmó, que al momento de realizarse su afiliación no recibió una información necesaria, clara y por escrito de la proyección pensional para identificar las ventajas y/o desventajas incumpliendo así el fondo con su deber legal que tenía de proporcionar la información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas que tendría con el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), especialmente en lo relacionado con el monto de su pensión, tampoco se le entregó el plan de pensiones y el reglamento del funcionamiento del fondo, de lo cual debió quedar copia por escrito.

Igualmente, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías omitió enterarlo de forma clara y por escrito el derecho a la retractación de su afiliación tal y como lo establece el art. 3 del Decreto 1661 de 1994.

² El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, a través de Auto No. 621 del 30 de julio del 2020 vinculó como litisconsorte necesario por pasiva a la Sociedad de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Que el hecho de haber omitido Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías la obligación de informarle las ventajas y desventajas del traslado, sus retractaciones llevaron a un error en el consentimiento toda vez que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS nunca alcanzaría los beneficios y condiciones más favorables a las existentes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que el 5 de agosto de 2019, solicitó ante Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, además de otras precisiones se autorizara su traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la entidad a pesar del tiempo transcurrido no ha dado respuesta de fondo, incurriendo a silencio administrativo.

Sostuvo, que solicitó a Colpensiones su afiliación mediante solicitud enviada por correo certificado el 5 de agosto de 2019 y la entidad mediante comunicación de la misma fecha, no accedió a la afiliación.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, se opuso a que prosperen las excepciones declarativas y condenatorias propuestas en contra de la entidad, teniendo en cuenta que, con los documentos aportados con la demanda, la parte activa no logra si quiera inferir la nulidad de la afiliación, ni el error o vicio alguno del consentimiento que medió. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Inexistencia de la obligación; Buena fe de la entidad demandada; Prescripción; Legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad; y la innominada o genérica.**

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, se allanó a las pretensiones de la demanda.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas en la demanda en contra de la entidad, toda vez que la afiliación de la parte demandante con la entidad Porvenir

S.A. fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 848988 –documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el art. 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume autentico en los términos de los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54 A del CPTSS. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Prescripción; Buena fe; Inexistencia de la obligación; Compensación y genérica.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 228 del 21 de septiembre de 2020**; Declarando no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y vinculada en Litis. Declarando la ineficacia del traslado que el demandante Gilmar Iván Murillo Campo, hizo del Instituto de Seguros Sociales Hoy Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones E.I.C.E. a la Administradora De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y en consecuencia Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, deberá devolver a la Administradora Colombiana De Pensiones –Colpensiones E.I.C.E., todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones íntegras que incluye gastos de administración y rendimientos. Porvenir S.A., deberá devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que el accionante estuvo afiliado a esta AFP. El demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES E.I.C.E.; imponiendo COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., por haber sido vencida en el juicio. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 a favor de la parte demandante.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión, impugnaron el apoderado judicial de la Litis **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y las partes demandadas **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** y la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.**

El apoderado de **Porvenir S.A.**, solicitó que se revoque la sentencia y absuelva a la entidad de las condenas impuestas. manifestando, que, al momento de adoptar la decisión de primera instancia, se determinó que la entidad en su momento faltó al deber de información respecto a que fue con quien realizó el traslado de régimen la parte demandante.

Que bajo los supuestos fácticos que fueron presentados en el escrito de demanda en ninguno de ellos se hace mención a la entidad evidentemente considerando que las pretensiones van enfocadas a Colfondos considerando las facultades frente a las intenciones de declarar la ineficacia del escrito introductorio propiamente dirigidas al acto con Colfondos evidentemente la ineficacia del traslado horizontal conllevaría a que el demandante estuviese afiliado con Porvenir S.A. propiamente bajo las facultades ultra y extra petita determinadas en el art. 50 del CPTSS, las cuales no permiten al juzgador otorgar o fallar más allá de lo pretendido por la parte demandante en su escrito introductorio pero frente a hechos y circunstancias probadas dentro del proceso.

Refirió, que la motivación para condenar a la entidad u condenar a la ineficacia del traslado de régimen se evidenció frente a este tipo de facultades que no fueron probadas por la parte demandante la falta de información que en su momento la entidad le pudo haber afectado a la demandante evidentemente la entidad al momento de contestar la demanda considerando la integración como litisconsorcio necesario pretendió allegar el formulario de afiliación frente al traslado de régimen que efectuó el demandante cumpliendo en esta medida el deber que en su momento le era exigible por la Ley teniendo en cuenta que este tipo de información que se eleva a los afiliados no es de manera documental sino expresamente de manera verbal.

Que la condena a la entidad evidentemente no justifica bajo supuestos ni en el escrito introductorio de la demanda ni existe una motivación dentro del fallo

considerando porque Porvenir debe ser condenada frente al traslado de régimen que efectuó en su momento, evidentemente bajo los supuestos de la Línea jurisprudencial el demandante no encaja frente a situaciones fácticas porque los demandantes en ese tipo de procesos tienen unas condiciones especiales tienen una expectativa legítima frente a su situación pensional al momento en que realizaron su traslado de régimen que claramente se vio con una afectación con una situación pensional en este caso el demandante no contaba con este tipo de circunstancias que conllevara a determinar que para el año del traslado de régimen se haya efectuado un perjuicio frente a su situación pensional.

Mencionó, frente a la condena a la entidad a la devolución de gastos de administración se desconoce lo que el art. 13 literal q) y el art. 20 de la Ley 100 de 1993 otorgó a las administradoras propias ni siquiera el Régimen de Ahorro Individual sino el Régimen de Prima Media al generar estos cobros por los gastos de administración frente a la administración que generaba a los aportes propios de los afiliados y que incluso dentro del régimen de ahorro individual durante todo este lapso de tiempo se vio beneficiado el demandante frente al que generó unos rendimientos propios en su cuenta de ahorro individual.

La apoderada de **Colfondos**, solicitó que se revoque el numeral segundo de la Sentencia No. 228 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, toda vez, que la comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados de cada aporte el 10% del IBC que ha realizado el demandante al Sistema General de Pensiones para cubrir los gastos de administración al seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 mod. por la Ley 797 de 2003 y que opera tanto para el Régimen de Ahorro Individual como para el Régimen de Prima Media.

Que durante todo el tiempo que el demandante ha estado afiliado en el fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos la entidad ha representado los dineros que ha depositado en su cuenta de ahorro individual gestión que ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, así no es procedente que se ordene la devolución de lo que la entidad descontó por comisión de administración toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme a la Ley y como contraprestación a una buena gestión de administración como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

Manifestó, que si la consecuencia de la ineficacia o la nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende Colfondos debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración.

Que el art. 1746 del C.C. habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras con base en esta debe entenderse que si se trata de la ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es el fruto de la comisión de administración la cual debe conservarse debido a que efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

Afirmó, que se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez, que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante las

prestaciones que no está obligado a recibir se llegaría a la conclusión de que el afiliado debe reintegrar su cuenta a la AFP y esta última la comisión por administración al afiliado, toda vez, que si la comisión nunca se debió haber descontado tampoco nunca debió haber existido rendimientos.

El apoderado de **Colpensiones**, solicitó que se revoque el fallo proferido, aduciendo, que el demandante cuenta con más de 52 años de edad, que para la época del traslado al RAIS registrado en Colpensiones tenía derecho a hacer dicha afiliación lo cual indica un procedimiento acorde a la Ley por parte de la entidad.

Que la fecha la afiliación efectuada al RAIS tiene plena validez respecto de la nulidad o ineficacia del traslado alegado, ésta no procede en el sentido de que según el literal e del art. 13 de la Ley 797 de 2003, el cual dice que los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán elegir el régimen de pensiones que prefieran una vez efectuada la selección inicial ellos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial; después de un año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez lo cual indica que para la fecha de solicitud de traslado, la entidad estaba en la obligación de acceder a éste y por el contrario haberse negado a aceptar que el demandante se trasladara está incumpliendo una violación al derecho de la libre elección que debió haber ejercido en su debido momento.

En ese sentido señaló que el demandante ya está próximo para adquirir su derecho a la pensión y ya no podría cambiarse de régimen pensional porque legalmente no estaría permitido.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver los **recursos de apelación** interpuestos por la Litis **Porvenir S.A.**, y las demandadas **Colfondos**

S.A. y Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por la jueza de primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3° del artículo 69 del CPTSS, se asume el conocimiento del asunto de referencia en el **grado 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 como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, V. gr. Sentencia STL-7382 – 2015 (40200), M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS³.

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

Hechos Probados

En el presente asunto no se encuentra en discusión que: **(i)** el demandante se afilió a Colpensiones el 1 de mayo de 1985 y posteriormente diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP Porvenir S.A.** el 28 de enero de 1997, sienta efectiva su afiliación el 1 de marzo de 1997 (fl. 9 carpeta pruebas y anexos Porvenir S.A.); **(ii)** posteriormente, diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** el 5 de agosto del 2001, (fl. 19 carpeta pruebas y anexos Porvenir S.A.); **(iii)** el 5 de agosto de 2019, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías documento del que no obra respuesta en el expediente (fl. 5 del expediente demanda anexos); y, **(iv)** el 5 de agosto de 2019, diligenció el formulario del Sistema General de Pensiones y la entidad a través de documento de la misma fecha con No. de rad. 2019_ 10564393-20234298 respondió que, *"no es procedente dar trámite a su solicitud por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o*

³ "La Nación sí garantiza el pago de las pensiones, se itera, del régimen de prima media con prestación definida, de forma que debe surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el art. 69 del C.P.T. y S.S. para proteger el interés público, que está implícito en las eventuales condenas por las que el Estado debe responder.".

menos del requisito de tiempo para pensionarse." (fls. 6 y 7 del expediente demanda anexos)

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar: **(i)** si 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**; la posibilidad de retractor y la información sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de faltarle 10 años para pensionarse. Y en atención los recursos de apelación, se determinará si resulta procedente: **(ii)** la ineficacia del traslado de régimen pensional con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; **(iii)** la ineficacia del traslado de régimen pensional, toda vez que, al demandante le faltan menos de 10 años para cumplir con los requisitos de la pensión de vejez **(iv)** el traslado del RAIS al RPM de los gastos de administración y rendimientos.

Análisis del Caso

Ineficacia del 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.

La omisión, en tratándose de este aspecto, **acarrea la ineficacia de la selección o traslado**, pues se parte del hecho de que la decisión no fue informada, y que 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 del **28 de enero de 1997** que da cuenta que el demandante fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con la **AFP Porvenir S.A.** (fl. 9 carpeta pruebas y anexos Porvenir S.A.). El documento fue suscrito por el demandante, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **Gilmar Iván Murillo** se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Posteriormente, el demandante diligenció el formulario de solicitud de vinculación o traslado a **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** el 5 de agosto

del 2001, (fl. 19 carpeta pruebas y anexos Porvenir S.A.), fondo al que se encuentra actualmente afiliado.

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 **Administradora de Pensiones Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, 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 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, tales documentos son precarios 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 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 al afiliado le falta menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689**, todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

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

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

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

Además, recuerda también la Corte, que la ineficacia ocasionada al momento de traslado de régimen no se convalida con los sucesivos traslados de fondos estando en el interior del mismo régimen **o su permanencia en éste por un periodo considerable**.

Respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al **RAIS**, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias **SL1452**, **SL1688**, y **SL1689 de 2019 M-P**. CLARA CECILIA DUEÑAS.

Considera ésta Sala, entonces, que es dable ordenar a **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías**, 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 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.

En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000) m/cte., como agencias en derecho, a sufragarse por cada una ellas.

Decisión

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la **Sentencia No. 228 del 21 de septiembre de 2020**, proferida por el **Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, 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.

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

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

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada



ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada