



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	JULIETA DUQUE GARCIA
Demandados	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., y PROTECION S.A.
Radicación	760013105011201800502 01
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 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. 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. 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> 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.
--	---

AUDIENCIA PÚBLICA No. 191

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 procede a **resolver los recursos de apelación** formulados por las demandadas **Colpensiones, Protección S.A, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.** contra la **Sentencia 216 del 1º de septiembre de 2020**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el **grado jurisdiccional de consulta** de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por las **demandadas Colpensiones, Protección S.A, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.**, 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. 185

Antecedentes

JULIETA DUQUE GARCIA presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A.**, y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.**, con el fin que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de todos los aportes y rendimientos. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen, de los hechos, la actora señaló que, nació el 1º de julio de 1962; y que, desde el 3 de julio de 1985, se afilió y cotizó al Régimen de Prima Media administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES.

Que el 6 de octubre de 1994, suscribió formulario de trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías; pero en dicho momento no se le informaron las diferencias de las mesadas entre ambos regímenes, solo se le indicó que el ISS se iba a acabar, que obtendría una mayor mesada en su pensión de vejez, la cual podría obtener de forma anticipada.

Que, posteriormente, el 28 de febrero de 1998 se traslado a la AFP COLPATRIA, hoy Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.; y más adelante, el 12 de enero de 1999, se vincula nuevamente a COLFONDOS S.A.. Finalmente, el 23 de septiembre de 2010, arriba a PROTECCION S.A., donde se encuentra afiliada en la actualidad.

Que, habiendo presentado solicitud de traslado ante COLPENSIONES y PROTECCION S.A., las mismas fueron resueltas de forma negativa por tales entidades.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas, manifestando que a la demandante se le entregó toda la información requerida para que tomara una decisión consciente y libre de toda coacción, respecto del traslado de fondos pensional. En su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Validez de la afiliación a Protección S.A., 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, y compensación.**

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda; y en su defensa propuso las excepciones de mérito: **Falta de legitimación en la causa, Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, Ausencia de vicios en el traslado, Buena fe, y prescripción.**

COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, al dar contestación a la acción, se opuso a todas sus pretensiones, considerando que a la demandante se le brindó toda la información que requería para tomar la decisión de traslado del RPM al RAIS, de manera informada. En su defensa propuso las excepciones de merito: **Validez de la afiliación a Colfondos S.A., Validez del**

traslado de régimen del RPM al RAIS y en consecuencia del traslado entre APFs realizado por la demandante, Buena fe, Inexistencia de la obligación, 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 de la actora al RAIS, y compensación.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripción, Falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, Buena fe, Prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, y enriquecimiento sin causa.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia 216 del 1º de septiembre de 2020**; declarando la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, señora JULIETA DUQUE GARCIA, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en consecuencia, generar el regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES. Condenando a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todas las cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos causados con ocasión del traslado de la señora JULIETA DUQUE GARCIA, así mismo condenó a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todas las comisiones y gastos de administración, por el tiempo que estuvo afiliada a cada una de esas entidades. Ordenando

a COLPENSIONES a recibir a la señora JULIETA DUQUE GARCIA en el RPM y recibir las sumas provenientes de cada una de las AFP del RAIS, para mantener su estabilidad financiera y para financiar la prestación económica que como Administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor de la demandante, cuando haya lugar a ella. E imponiendo costas a las demandadas.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión la impugnan las demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A.,** y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A..**

La apoderada de las **demandadas COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías,** y la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A.,** en la sustentación del recurso, relacionado a la condena impuestas a ambas entidades respecto de los gastos de administración, consideran que la comision de administración es aquella que cobran las AFPs, para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados. Que de cada aporte del 16% del IBC, la AFP descuenta un 3% para cubrir estos gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el Art 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, que opera tanto para el Régimen de Ahorro Individual, como para el Regimen de Prima Media.

Que durante todo el tiempo que la actora ha estado afiliada a los fondos de pensiones de Colfondos y Protección, se han administrado con la mayor diligencia y cuidado los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, pues estas son entidades financieras expertas en la gestión de los recursos de propiedad de sus afiliados, además dicha gestión se ve

evidenciada en los buenos rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual. Por lo que finaliza indicando que, teniendo en cuenta lo expuesto, no es procedente que se ordene la devolución de gastos de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas.

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

Que el artículo 1746 del C.C., habla de la restitución de los intereses, frutos y abono de mejoras, y con base en esto debe entenderse que al declarar la ineficacia de la afiliación, y se haga la ficción de que nunca existió el contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo frutos y mejoras, los cuales son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual.

La apoderada 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 al momento del traslado de régimen de la actora, esa entidad cumplió a cabalidad con el deber de información, atendiendo parámetros establecidos en las normas vigentes para ese momento, esto es en el año 1998, recibiendo la información necesaria, veraz y suficientes para entendera las consecuencias de la afiliación que estaba realizando ante COLPATRIA, hoy PORVENIR.

Que para la época el ordenamiento jurídico no exigía documentar la información brindada, bastaba solo la suscripción del formulario de afiliación, el cual se encontraba aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria. Por lo que considera que se está sometiendo a PORVENIR a un imposible jurídico si se pretende demostrar el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes para tal momento.

Que a la demandante le asistía la obligación de informarse sobre sus condiciones pensionales; pues que además, la actora cuenta con las plenas capacidades señaladas en el Art. 1502 del CC, y por disposición legal la libertad de elección de régimen pensional está en cabeza de los afiliados.

Que llama la atención que la demandante haya realizado traslados entre administradoras del mismo régimen, inicialmente con COLFONDOS y después de un tiempo regresó a la misma entidad, esto es, donde presuntamente no le brindaron la información adecuada.

Que respecto de la condena de retornar a COLPENSIONES gastos de administración y comisiones, señala que no resulta viable pues se debe entender que si la afiliación de la actora se tornó ineficaz, de igual forma nunca surgieron a la vida jurídica los rubros que se obliga a devolver, además dichas sumas ya fueron invertidas conforme lo determina la ley; y se utilizaron para la debida gestión de los aportes de la demandante.

Finaliza solicitando sea revocada la sentencia apelada.

El apoderado judicial de **COLPENSIONES**, en su recurso de apelación, manifiesta que discrepa de la condena en COSTAS impuestos a esa entidad, señalando que COLPENSIONES en su actuar se ajustó plenamente a la ley, en todas y cada una de sus actuaciones administrativas. Siendo así ajena a los hechos que llevaron a la demandante a realizar el traslado de régimen.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, la Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A., y la Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR 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)** la actora **JULIETA DUQUE GARCIA** se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS**, hoy **COLPENSIONES**, a partir del 3 de julio de 1985 (fl. 35); **(ii)** posteriormente, la **actora**, diligenció el formulario de afiliación ante **Colfondos S.A.**, el 6 de octubre de 1994 (fl. 29); e igualmente, reposa otro formulario de vinculación con esa AFP, suscrito el 12 de enero de 1999 (fl. 3), resaltando de tal documento que la administradora anterior de la que provenía era **COLPATRIA**, y que se respalda con la copia de formulario de afiliación suscrito el 10 de septiembre de 1997; **(iii)** posteriormente, el 23 de septiembre de 2010, se afilia al fondo de pensiones **PROTECCION S.A.** (fl. 31), donde se encuentra afilada en la actualidad (fl. 146); **(iv)** la actora el 24 de abril de 2018, elevó ante **PROTECCION S.A.** solicitud de traslado a **COLPENSIONES** (fl. 46), entidad que dio respuesta negativa mediante comunicado del 18 de mayo de 2018 (fl. 47); **(v)** de igual forma, el 28 de junio de 2017, elevó ante **Colpensiones** solicitud de afiliación a esa entidad (fl. 50), petición que fue negada en la misma fecha bajo el argumento de faltarle menos de diez años para acceder al derecho pensional por vejez (fl. 51).

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. **VI)** la 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 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, 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, se tiene que, obra copia de la solicitud de vinculación e historial de vinculaciones que dan cuenta que el **6 de octubre de 1994**, la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, siendo fecha de inicio de efectividad el 1º de noviembre de 1994 (fl. 28 y 171); y que dentro del mismo régimen estuvo vinculada a: i) COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., entre el 1º de marzo de 1998 y el 28 de febrero de 1999; ii) COLFONDOS S.A., entre el 1º de marzo de 1999 hasta el 31 de octubre de 2010; y iii) finalmente, PROTECCION S.A. a partir del 1º de noviembre de 2010, donde se encuentra afiliada en la actualidad (fl. 171).

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 **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Colpatria, hoy Porvenir S.A., y 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 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 a la demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando a la afiliada le 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 de la demandante al **RAIS**, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en

las citadas Sentencias **SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P.** CLARA CECILIA DUEÑAS.

Considera esta Sala, entonces, que es dable ordenar a **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., y PROTECCION S.A.** que procedan a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, por lo tanto, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, y es por ello, que el valor de estas, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los **gastos de administración**, 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 de la demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que la 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 C.G.P., dispone que se condenará por dicho concepto a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; lo que descarta cualquier otro miramiento, referente a la buena o mala fe. Por lo cual, la condena impuesta en ese sentido en la decisión de primera instancia a las demandadas, se mantendrá al haber sido vencida en juicio.

En ese orden, las **Costas** en esta instancia estarán a cargo de **Colpensiones, Colfondos S.A., Protección S.A. y Porvenir S.A.** y en favor de la 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 216 del 1º de septiembre de 2020**, proferida por el **Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, por las razones expuestas.

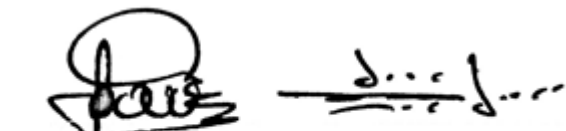
SEGUNDO: CONDENÁSE en Costas en esta instancia a cargo de **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A.**, y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.**, y en favor de la demandante **JULIETA**

DUQUE GARCIA, liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de ésta instancia, incluyendo la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2'000.000) m/cte., como agencias en derecho, 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