República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso:	**Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia**
Demandante	**LUZ DIVA CANO SILVA**
Demandados	**COLPENSIONES- EICE.**, **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**
Radicación	**76001310501620190012401**
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. 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. Desde la fundación de las Sociedades Administradoras de fondos de Pensiones, éstas tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de 2021, siendo el día previamente señalado, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio con las demás integrantes de la Sala de Decisión, procede a dictar sentencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO No. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020**, **artículo 15**[1] expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la

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

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, PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020, PCSJA20-11629 del 11 de septiembre de 2020, PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, PCSJA20-11671 del 6 de noviembre de 2020, PCSJA20-11680 del 27 de noviembre de 2020, PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021, y PCSJA21-11840 del 26 de agosto de 2021**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, en Segunda Instancia, en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a **resolver los recursos de apelación** formulados por las **demandadas Colpensiones** y **Porvenir S.A.** contra la **Sentencia No. 100 del 8 de julio de 2020,** proferida por el **Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el **Grado Jurisdiccional de Consulta** de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

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

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

SENTENCIA No. 266

Antecedentes

LUZ DIVA CANO SILVA presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES,** y las **Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A**. y **PROTECCIÓN S.A.,** con el fin que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media,

junto con el traslado de todos los aportes y rendimientos. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen, de los hechos, la demandante señaló que, nació el 28 de mayo de 1965.

Que se encontraba afiliada a la Administradora Colombiana De Pensiones "Colpensiones" antes ISS, desde 01 de marzo de 1983 hasta el 1 febrero de 1994.

Que al momento en que los fondos privados nacieron a la vida jurídica, se presentaron algunos asesores de Colmena hoy Administradora de Fondos De Pensiones Y Cesantías Protección S.A., a la empresa donde trabajaba y le sugirieron que se trasladara de régimen, asegurándole para convencerla que su pensión sería superior a la que percibiría por parte de la Administradora Colombiana De Pensiones "Colpensiones" antes ISS.

Sostuvo, que los asesores de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que la visitaron en su sitio de trabajo, le aseguraron que el ISS se iba a liquidar y que su futuro pensional estaba en un riesgo inminente, además, que en caso de fallecimiento el saldo de lo que tenía su fondo de pensiones en ese momento, es decir en el ISS, no sería entregado a sus herederos pero que en la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., si sería así.

Afirmó, que posteriormente en marzo de 1.999 se afilió a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías *"Porvenir",* por exigencia de su empleador, exigencia que acepto, debido a que, su expectativa era mejorar su condición de pensionada en relación con el Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES.

Que no contó con la suficiente información que le permitiera tomar una mejor decisión y al ver que la mayoría de los COLOMBIANOS en ese momento, estaban firmando contratos de afiliación para trasladarse al

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y adicionalmente con la mala e incompleta y casi nula información que brindaron los asesores de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., tomo la decisión de firmar el contrato que le daría un vuelco a su disfrute pensional.

Adujo, que resultaba necesario y obligatorio que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., le proporcionara una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus consecuencias futuras.

Que realizado un estudio procedente de la Sociedad Administradora de Fondos Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., le correspondería con aquel fondo cuando cumpla sus 57 años una pensión de $859.366. Que lo anterior quiere decir menos del 35% de los ingresos que percibe hoy febrero de 2019.

Que a todas luces el contrato a través del cual se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, carece de legalidad y validez; por cuanto, no tuvo una información oportuna, veraz, precisa y clara frente a la decisión que estaba tomando, además de generar una grave disminución en su patrimonio en este momento en el que está a menos de tres años de cumplir con el total de sus requisitos para acceder a la pensión de vejez, por la cual ha luchado y trabajado por más de 30 años.

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones incoadas en la demanda, como quiera que, la selección de uno cualquiera de los regímenes existentes -RAIS Y RPM- es única y exclusiva del afiliado (a) de manera libre y voluntaria, por ello la Administradora Colombiana De Pensiones — Colpensiones no está obligada en realizar el traslado del RAIS al RPM. En su defensa, propuso las excepciones perentorias denominadas: **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; La innominada; Buena fe y Prescripción.**

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., se opuso a todas las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que, el traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS, se dio de manera libre, informada y consciente; la entidad actuó de manera profesional, transparente y prudente en contraposición a lo afirmado por la demandante; siendo esta quien decidió de manera libre y espontánea; con consentimiento informado su traslado de régimen. En su defensa propuso las excepciones de fondo denominadas: **Validez de la afiliación a Protección S.A.; Validez del traslado de régimen del RPM al RAIS y en consecuencia del traslado entre AFPS realizado por la demandante; Buena fe; Inexistencia de vicio en el 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 legitima; Nadie puede ir en contra de sus propios actos; Ratificación de la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; Compensación y la Innominada o genérica.**

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se opuso a todas las pretensiones presentadas por la parte demandante, toda vez que, la demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a PORVENIR S.A. manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual con solidaridad. En su defensa, propuso las excepciones de mérito denominadas: **Prescripción; Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; Buena fe; Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; Ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada; Aprovechamiento indebido de recursos públicos y del Sistema General de Pensiones; Enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 100 del 8 de julio de 2020; declarando** no probadas las excepciones

propuestas por Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.; **declarando** la ineficacia de la afiliación de la demandante Luz Diva Cano Silva con Protección S.A. y Porvenir S.A.; **ordenando** a Colpensiones a aceptar el regreso de la señora Lucia Cano Silva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; **ordenando** a Porvenir S.A. una vez ejecutoriada la sentencia a realizar el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de Luz Diva Cano Silva a Colpensiones; **condenando** en costas a Protección y Porvenir S.A. **tasando** como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión, impugnaron las partes demandadas **Colpensiones** y **Porvenir S.A.**

Colpensiones, interpuso **recurso de apelación** solicitando que se revoque la sentencia dictada y considere que la demandante no tiene permiso para trasladarse de régimen porque la demandante haya sido engañada y orientada a tomar una decisión desfavorable a sus intereses y se haya ejercido fuerza y/o coacción hacia la misma, cuando ha permanecido en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por muchos años sin manifestar ninguna inconformidad al respecto, respecto al desempeño y administración afianzando su decisión de estar en el Régimen.

Porvenir S.A., solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad, toda vez que, se cumplió con el deber que era exigido a la entidad en el año en que se realizó la afiliación de la demandante año 1998, teniendo en cuenta que, se trató de un traslado de AFP.

Afirmó, que no se le pueden aplicar a la entidad de forma retroactiva normas que establecen, por ejemplo, la obligación de realizar proyecciones pensionales, de realizar una doble asesoría, inclusive a desincentivar las afiliaciones realizadas por la afiliada, en la medida en que, todas las obligaciones surgieron con posterioridad a las afiliaciones realizadas por la entidad de acuerdo con las reglas de la Ley en el tiempo, porque en los años en que se surtió la afiliación la única obligación que tenía era la de registrar el formulario de afiliación que era aprobado por

la Superintendencia Bancaria, obligación que se cumplió por parte de la entidad, documento al que no se le puede restar valor probatorio que tiene, en la medida en que, es una manifestación de la voluntad de la demandante en este caso de estar afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la entidad., que no se trata de un mero requisito formal, toda vez que, es un requisito *ad sustancian actus* sin el cual no podría nacer a la vida jurídica la vinculación de la demandante, por lo que, no puede considerarse como un documento que no pruebe nada en relación con la asesoría brindada teniendo en cuenta que, en la leyenda que tiene el formulario, se indica que fue informada sobre las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Afirmó, que la demandante permaneció durante más de 20 años afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que hizo traslados horizontales, por lo cual, ratificó su voluntad de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues, conociendo la oportunidad de trasladarse decidió hacerlo a un fondo privado y no a regresar o retornar al Régimen de Prima Media situación que no era desconocida por ninguno de ellos en la medida en que todo lo relacionado con pensiones ocupa un lugar importante en las noticias nacionales.

Precisó, que en el año 2003 ASOFONDOS publicó un comunicado en que se informaba del periodo de gracia que tenían todos los afiliados para retornar al Régimen de Prima Media y a pesar de esto la demandante no se trasladó para lo cual la entidad lo único que podía inferir era que ella tenía la voluntad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Afirmó, que es importante evaluar la capacidad que tenía para tomar la decisión, pues de acuerdo con el art. 1502 del C.C., la demandante se encontraba facultada para tomar una decisión, es un aspecto relevante, en la medida en que, lo que fue demandado fue la nulidad de la afiliación para lo cual es importante tener el conocimiento sobre la capacidad frente a una posible nulidad como se ha manifestado no habría lugar a que esta hubiese sido declarada como una nulidad relativa

por vicios en el consentimiento y en el lugar en que hubiera existido también habría sido ratificada en los términos del C.C.

Afirmó que, lo que se declaró en la sentencia fue la ineficacia, resaltó, que en el ordenamiento jurídico no se contempla ninguna norma que indique como consecuencia de una afiliación desinformada la ineficacia de la afiliación, esto ha sido una manifestación jurisprudencial; pero es importante resaltar que el poder Legislativo está en la Rama Legislativa no en la Rama Judicial y que de la lectura del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no se extrae que se pueda deprecar la ineficacia de la afiliación por una supuesta ausencia de información en la medida en que el artículo lo que consagra y lo que castiga es la acción positiva de alguien que impida la afiliación de alguno de los afiliados a un determinado Régimen de Pensiones o Sistema de Salud, por lo que, constituye una idea equivocada considerar que se viola el artículo 271, por no haberse dado la información al afiliado y por ende la consecuencia jurídica de la ineficacia.

Afirmó, que no se encuentra de acuerdo con el hecho de retornar todos los aportes que fueron realizados por la afiliada a la cuenta de ahorro individual durante el tiempo en que estuvo afiliada con ésta, en la medida en que, esos aportes constituyen un 16% y el 4,5% tiene una destinación distinta una de ellas va para el fondo pensional de garantía mínima, las otras van para los seguros previsionales varios de esos dineros no están en poder de la entidad, en la medida en que fueron trasladados a terceros, la demandante estuvo siendo cubierta por las contingencias de vejez, invalidez y muerte, por lo que, la entidad no podría devolver la totalidad del aporte efectuado por los demandantes, pues, no tiene en su poder esos dineros.

Que durante el tiempo en que la entidad tuvo el dinero de la demandante hasta el momento lo administró de forma correcta siempre buscando generar la mayor cantidad de rendimientos; afirmó, que la demandante no estaba completamente desinformada.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión resolver **los recursos de apelación** interpuestos por las demandadas **Colpensiones**, y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.,** respecto de la **Sentencia No. 100 del 8 de julio de 2020**, en primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3º del artículo 69 del CPTSS, se asume el conocimiento del asunto de referencia en el **grado de consulta,** debido a 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 DUEÑAS[2].

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 **demandante Luz Diva Cano Silva** se afilió a **Colpensiones** el 1 de marzo de 1.983, y posteriormente, se trasladó de régimen pensional a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Colmena** hoy **Protección S.A.** el 5 de mayo de 1.994. (S. N. F expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 demanda anexos); ***(ii)*** la **demandante** el 8 de abril de 1.999, diligenció formulario de afiliación ante la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (S. N. F, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 demanda anexos); y, ***(iii)*** la **demandante** el 5 de marzo de 2019, diligenció el formulario de afiliación al Sistema General de Pensiones ante Colpensiones y la entidad demandada a través de Resolución 2019_2939999-18318572 de la misma fecha, respondió que, "…*no es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de*

[2] "La Nación sí garantiza el pago de las pensiones, se itera, del régimen de prima media con prestación definida, de forma que debe surtirse 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.".

tiempo para pensionarse…". (fls. 19 y 20, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 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 retracto y la información sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de faltarle 10 años para pensionarse. Y en atención al recurso de apelación se determinará si resulta procedente: ***(ii)*** la ineficacia del traslado de régimen pensional, como quiera que: ***(a)*** la demandante no ha sido engañada y orientada a tomar una decisión desfavorable a sus intereses e igualmente no se ejerció fuerza o coacción; ***(b)*** la demandante ha permanecido en el RAIS por muchos años, sin manifestar inconformidad al respecto; ***(c)*** el formulario de afiliación era aprobado por la Superintendencia Bancaria; ***(d)*** en la leyenda del formulario de afiliación se indica que la demandante fue informada sobre las características del RAIS; ***(e)*** la demandante ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS, al haberse trasladado a otro fondo privado; ***(f)*** la demandante tenía capacidad de tomar la decisión de acuerdo con el art. 1.502 del C.C.; ***(g)*** no procede la aplicación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993; y, ***(h)*** la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad para el año 1998.

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 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.

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 solicitud de afiliación que da cuenta que, el 5 de mayo de 1.994, la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la **AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.** (S. N. F expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 demanda anexos).

Aunado a lo anterior, tal y como se estableció en hechos probados, luego, la demandante el 8 de abril de 1.999, diligenció formulario de afiliación ante la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. administradora en la cual se encuentra afiliada actualmente. (S. N. F, expediente digital, cuaderno del juzgado, 01 demanda anexos)

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 Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colmena, hoy Protección S.A., hayan cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las

ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en ella, a la demandante.

No se denota que las entidades de Seguridad Social 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 debieron 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.

Tampoco se observa constancia que se le haya entregado el Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de las Administradoras de Pensiones, que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes; y mucho menos reposa la comunicación que por escrito las AFPS debieron 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 faltan menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689,** todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su Jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

> "…*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.*
>
> ***Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de***

información se radica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo…". (Negrilla fuera de texto)

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

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

Respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación 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 ésta Sala, entonces, que es dable ordenar a **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN 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 debe 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, seguros previsionales, 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.

La Sala reitera que la carga de la prueba recae en la administradora de fondo de pensiones, y en el plenario no obra prueba que permita concluir que la entidad haya suministrado a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

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

Respecto de las costas, señala el numeral 1° 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 consecuencia. En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, por no haber salido avante en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de TRES MILLONES DE PESOS ($3'000.000) 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. 100 del 8 de julio de 2020,** proferida por el **Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de **las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Protección S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y en favor de la demandante, liquídense oportunamente, inclúyanse como Agencias en Derecho de esta instancia, la suma de TRES MILLONES DE PESOS ($3'000.000) 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 MARTINEZ
Magistrada

ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada