



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	MARIO GIRALDO MEJIA
Demandados	COLPENSIONES, PROTECCION S.A., y PORVENIR S.A.
Radicación	760013105005201900386 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 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. 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> La acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo. 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.
--	--

En Santiago de Cali, a los diez (10) días del mes de diciembre 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 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, 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, Proteccion S.A. y Porvenir S.A.**, contra la **Sentencia 243 del 3 de diciembre de 2020**, proferida por el **Juzgado Quinto 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.

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

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por las **demandadas Colpensiones, Proteccion 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. 329

Antecedentes

MARIO GIRALDO MEJIA presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, y la **Administradora de Fondos de Pensiones y 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, bonos pensionales, rendimientos y gastos de administración. Además, se condene al reconocimiento y pago de costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, el actor señaló que, estuvo afiliado y realizó aporte al Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, desde el 30 de enero de 1990.

Que, a partir del **1º de noviembre de 1994**, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLMENA AIG S.A.**, AFP que, en el año 2000, fue absorbida por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías DAVIVIR S.A., la cual igualmente fue objeto de

tal figura por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SANTANDER S.A., que luego pasó a ser ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.; finalmente en el año 2012 se protocolizó Acuerdo de fusión por absorción entre la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.** e ING Pensiones y Cesantías.

Que, así mismo, el **23 de junio de 1995**, se trasladó a **COLPATRIA Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías**, la cual fue absorbida por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., y a su vez, posteriormente, absorbida por la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**

Que, la AFP COLMENA, hoy PROTECCION S.A., no le hizo entrega de proyecciones o comparativos de lo que sería el valor de la pensión, en ambos regímenes, no le indicó hasta que edad debía cotizar para alcanzar una pensión por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el ISS; así como tampoco se informó sobre el derecho al retracto de la afiliación, ni toda la información suficiente y veraz para tomar la decisión de trasladarse de régimen.

Que, la actora elevó ante COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCION S.A. solicitudes de anulación de traslado, las cuales fueron resueltas de forma negativa por las dos primeras entidades, y no recibió respuesta de la última.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a todas las pretensiones incoadas, manifestando que la afiliación de la actora con ese fondo fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, conforme se desprende de la solicitud de afiliación. En su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, y Compensación.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, considerando que no existió omisión, por parte de esa entidad, de entregar al demandante la información requerida para que tomara la decisión de traslado de régimen de manera informada; y que después de 26 años no puede pretender el actor endilgarle la responsabilidad de una decisión propia y autónoma; y además no hizo uso del derecho de retractarse de tal afiliación. En su defensa propuso las excepciones de fondo: **Validez de la afiliación a Protección S.A., Validez del traslado de régimen del RPM al RAIS, Buena fe, Inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, 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**, al dar contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma. Y en su defensa propuso las excepciones de mérito: **Inexistencia de la obligación, Cobro de lo no debido, Buena fe, y prescripción.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia 243 del 3 de diciembre de 2020**; declarando ineficacia del traslado realizado por MARIO GIRALDO MEJIA del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, administrado inicialmente por ING hoy PROTECCION S.A., y posteriormente por la AFP PORVENIR S.A.; Ordenando a la AFP PORVENIR trasladar al Régimen de Prima Media administrado por

COLPENSIONES EICE, la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación de MARIO GIRALDO MEJIA al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; y retorne de su propio peculio los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de las pensión de vejez, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración. Ordenando a COLPENSIONES EICE que acepte el traslado de MARIO GIRALDO MEJIA al RPM, junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS. Imponiendo costas a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., exceptuando a COLPENSIONES.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión la impugnaron los apoderados de las demandadas **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.,** y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A..**

La apoderada de la **demandada COLPENSIONES** manifiesta que, teniendo en cuenta que el actor pretende que se declare la nulidad y la ineficacia de traslado de régimen, dicho traslado al RAIS a la fecha tiene plena validez , y la afirmación de vicios en el consentimiento del traslado de régimen suscrito el 1º de diciembre de 1994 con la AFP PORVENIR, y la omisión de información vital para haber efectuado el cambio de régimen, alegados por el demandante, deberá probarse en el desarrollo del proceso, lo cual aquí no se logró demostrar.

Que, no puede perderse de vista que la eventual afiliación del demandante al RPM, y el traslado de los aportes, conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, señala que después de un año de la ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Teniendo en cuenta que el 9 de septiebbre de 2019, cuando se admitió la demanda, el actor contaba con 58 años de edad, deviene la imposibilidad del traslado de régimen.

Por lo cual, solicita sea revocada la sentencia de primera instancia.

El apoderado de **PORVENIR S.A.**, argumenta en su recurso de apelación, que no se debió declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional como quiera que no se probó que faltare algún requisito para su validez, y contrario a ello, la entidad demostró que asesoró al demandante en la forma como está establecido en el sistema general de pensiones para la fecha en que efectuó el traslado de régimen pensional.

Que, la vinculación del actor se hizo de conformidad con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, y por ende no existe una ineficacia o vicio en el consentimiento para que se invaliden los actos jurídicos.

Que, PORVENIR siempre ha garantizado a sus afiliados el derecho al retractor, conforme al artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y el Decreto 3800 de 2003.

Que, la situación de proyección de mesadas pensionales fue revisada precisamente por la Superfinanciera, como encargada de vigilar los fondos de pensiones, estableciéndose un concepto del 29 de diciembre de 2015, que para la existencia del ISS, podía o no contener la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión, y que las asesorías se hacían de forma verbal y no había obligación de mantener constancia escrita. Por lo cual no se puede llegar a la conclusión de que Porvenir faltó al deber de información.

Que, en el presente caso existe prescripción de la acción, conforme los

Artículos 488 del CST y 151 del CPTySS, en armonía con el Art. 1750 del CC; insistiendo que en esta clase de procesos es viable que se de la prescripción de la acción teniendo en cuenta que la misma no versa sobre el reconocimiento de una mesada pensional, sino que versa sobre el traslado de régimen para obtener en Colpensiones una mejor mesada.

Que, en contra de Porvenir no se podían imponer las condenas relacionadas a cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, frutos e intereses, sumas adicionales y rendimientos, toda vez que la afiliación cumplió con los requisitos de ley. Señalando que los gastos de administración están establecidos en el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, y operan tanto para el RPM como para el RAIS, por lo que al ordenarse su traslado se considera que se incurre en un enriquecimiento sin causa para Colpensiones.

Que, al declararse la ineficacia de traslado de régimen, se retrotraen todas las cosas a su estado original, pero muy a pesar de ello se condena a Porvenir a devolver los dineros de la cuenta de ahorro, más los rendimientos, gastos de administración, bonos pensionales, por lo cual se debe revocar la sentencia de primera instancia en tal sentido.

Que, se debe declarar la compensación, teniendo en cuenta que si se confirma la declaratoria de ineficacia de traslado, todo vuelve a su estado original, razón por la cual los rendimientos que haya generado la cuenta de ahorro pensional debe compensarse con los gastos de administración.

Que, respecto de los bonos pensionales, señala que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no ha trasladado a Porvenir suma alguna por dicho concepto en favor del actor.

Por lo cual, solicita sean revocadas la condenas impuestas a esa entidad.

El apoderado de la demandada **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION S.A.**, como sustento de su recurso de apelación, manifiesta que, respecto de las sumas adicionales, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el 3% del IBC se destina a financiar este seguro previsional y comisión de administración.

Que el artículo 108 de la Ley 100, como de los Decretos 876 y 1261 de 1994, se infiere que la prestación a cargo de las aseguradoras del RAIS, constituye un componente de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, en la medida que se concreta el pago de la suma adicional requerida para completar el capital que financie el monto de la pensión por estos conceptos. Para que la aseguradora pague dicha suma adicional, mes a mes, a la administradora quien es un tercero de buena fe.

Así, no es procedente trasladar lo que la entidad descontó como seguro provisional, toda vez que dicho porcentaje fue descontado con base en la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestadora del servicio.

Que, respecto de los gastos de administración, un 3% del IBC se destina para financiar dicho concepto, la prima de Fogafin, y la prima de seguro de invalidez y sobrevivencia. En ese sentido, no cabría la imposición de condena por gastos de administración, siendo que los mismos se descontaron en el momento con el propósito de financiar el sistema general de pensiones.

Que, si aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado, debería retrotraerse los efectos para que PROTECCION S.A. pueda otorgar la prestación, y el afiliado pueda retrotraer todo lo que tiene que ver con los rendimientos financieros.

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, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, y la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PROTECCION 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)** el actor **MARIO GIRALDO MEJIA**, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS**, hoy **COLPENSIONES**, a partir del 3 de enero de 1990 (fl. 18); **(ii)** posteriormente, el actor diligenció el formulario de afiliación con la AFP **CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA**, hoy **PROTECCION S.A.**, el 1° de noviembre de 1994 (fl. 5), con efectividad a partir del 1° de diciembre de 1994 (fl. 27); **(iii)** más adelante, suscribió solicitud con COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTIAS Y PENSIONES S.A., hoy **PORVENIR S.A.**, radicada el 23 de junio de 1995 (fl. 14), siendo efectiva su afiliación el 1° de julio del 1995 (fl. 15), entidad donde se encuentra afilado en la actualidad; **(iv)** el 13 de junio de 2019, radicó ante COLPENSIONES solicitud de nulidad de traslado de régimen (fl. 31);

petición que fue resuelta negativamente por la entidad, mediante comunicación del 17 de junio del mismo año (fls. 32 a 33); y, **(v)** de igual forma, el 6 de junio de 2019, el actor radicó ante PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., solicitud de anulación de afiliación al RAIS (fls. 34 y 35); petición que fue resuelta negativamente por PORVENIR S.A., a través de comunicación del 18 de junio de 2019 (fls. 36 a 37).

Problemas Jurídicos

Por lo tanto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar si: **I)** el traslado de régimen del demandante es inválido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliada en el **RAIS**; e igualmente analizar si resulta procedente: **II)** la ineficacia del traslado de régimen pensional toda vez que, el actor no ejerció su derecho al retracto; **III)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que el actor se ha ratificado a través de su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad todos estos años; **IV)** la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que, el actor se encuentra a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional; **V)** el traslado de gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual del afiliado, del RAIS al RPMPD; y, **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.

La omisión, entratándose 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, es claro que, conforme a las copias de solicitud de afiliación que reposan en el plenario, el **1º de diciembre de 1994**, el demandante fue trasladado del **RPM** al **RAIS**, administrado para la época por la AFP **CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA**, hoy PROTECCION S.A. (fls. 5 y 27). Posteriormente, el demandante, suscribió

solicitud de vinculación con COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTIAS Y PENSIONES S.A., hoy **PORVENIR S.A.** (fl. 14), con efectividad de afiliación el 1º de julio del 1995 (fl. 15), AFP donde se encuentra afiliado en la actualidad.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que al momento del respectivo traslado de régimen o vinculación, las entidades Administradoras de Pensiones CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA, PROTECCION S.A., COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTIAS Y PENSIONES S.A., y PORVENIR S.A., hayan cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en ella, al demandante.

No se denota que las entidades de Seguridad Social 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 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.

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 las AFPs debieron dirigir al demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando a la afiliada le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689**, todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

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

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

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

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

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

Considera ésta Sala, entonces, que es dable ordenar a **PORVENIR S.A.** que proceda 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 actor ha manifestado su afiliación a dicho régimen hoy administrado por Colpensiones, junto con los beneficios que sean aplicables a su caso.

Costas

En cuanto a la condena en **costas**, se tiene en cuenta que el artículo 365 del CGP, dispone que se condenará por dicho concepto a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; lo que descarta cualquier otro miramiento, referente a la buena o mala fe. Por lo cual, la condena impuesta en ese sentido en la decisión de primera instancia a las demandadas, se mantendrá al haber sido vencidas en juicio.

En ese orden, las **Costas** en esta instancia estarán a cargo de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, 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 243 del 3 de diciembre de 2020**, proferida por el **Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali**, apelada y consultada, conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDÉNASE en Costas en esta instancia a cargo de la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A.**, **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, y la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, y en favor del demandante **MARIO GIRALDO MEJIA**; 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.

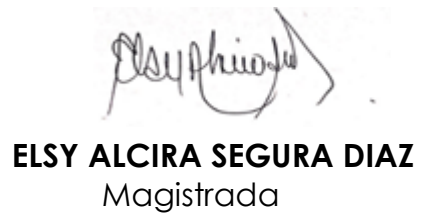
TERCERO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

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

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente

(AUSENCIA JUSTIFICADA)
CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ
Magistrada


ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada