República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	**Ordinario – Apelación y Consulta de Sentencia**
Demandante	**MARIA ELVIRA VELASCO SARDI**
Demandados	**COLPENSIONES, PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.**
Radicación	**76001310500820200048701**
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 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. 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, **no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.** Procede la condena en costas, en primera y segunda instancia, en virtud del numeral 1°del artículo 365 del CGP, cuando la parte ejerce oposición y resulta vencida en juicio.

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de 2022, 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 **numeral 1º del Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022**, en Segunda Instancia, en el proceso de la referencia.

En el acto, se proceden a **resolver los recursos de apelación** formulados por las **demandadas Colpensiones, Porvenir S.A., Colfondos S.A.** y **Skandia S.A.,** contra la **Sentencia 110 del 13 de mayo de 2021,** proferida por el **Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali**; e igualmente surtir el **grado jurisdiccional de consulta** de la misma, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por la parte **demandante** y las **demandadas Porvenir S.A., MAPFRE Colombia Vida Seguros S.A. y Skandia 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. 295

Antecedentes

MARIA ELVIRA VELASCO SARDI presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES,** la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías** y **SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.,** con el fin que se declare **la nulidad o ineficacia** de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, la actora señaló que, estuvo afiliada y realizó cotizaciones al Sistema General de Pensiones administrado para la época por el Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy Colpensiones, desde el 15 de enero de 1985.

Que, en el mes de marzo de 1997, la actora se vinculó al RAIS con la AFP HORIZONTE hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., sin que le proporcionaran una información suficiente, completa y clara sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional.

Que, posteriormente en el mes de abril de 2001, la actora se trasladó a COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías.

Que, nuevamente se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., en el mes de septiembre de 2003.

Que, finalmente se trasladó a SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., en el mes de junio de 2008.

Que, el 26 de octubre de 2020, radicó ante la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, solicitud de traslado al RPM; sin embargo, en respuesta por parte de la última, se le indicó que no era procedente tal petición porque la solicitud de afiliación fue realizada de manera directa y voluntaria, ejerciendo así su derecho a la libre elección de régimen.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** se opuso a las pretensiones de esta acción, y propuso las excepciones de fondo: **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, Buena fe de la entidad demandada, Prescripción, Legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad e Innominada o genérica.**

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, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación y Excepción genérica.**

COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, no realizó contestación alguna.

SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad y Cobro de lo no debido.**

MAPFRE Colombia Vida Seguros S.A., se opuso a todas las pretensiones incoadas, y en su defensa propuso excepciones perentorias denominadas: **Falta de legitimación en la causa por activa para formular el llamamiento en garantía, Inexistencia de cobertura, El llamamiento en garantía se torna improcedente al contrariar el principio de asunción de riesgos vs el objeto de litigio, estando la prima devengada en los contratos que existieron, Inexistencia de obligación indemnizatoria o de cualquier otra índole a cargo de MAPFRE S.A., Inexistencia de obligación de devolucion de prima a cargo de MAPFRE**

S.A. por terminación de vigencia del contrato de seguro y Excepción genérica.

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia 110 del 13 de mayo de 2021**; declarando no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, igualmente la ineficacia de la afiliación de la demandante, señora MARIA ELVIRA VELASCO SARDI, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenando a SKANDIA S.A., devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones íntegras que incluyen rendimientos y el 3% de gastos de administración, prima de reaseguros de Fogafín y primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio. Ordenando a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., a devolver el 3% de gastos de administración, prima de reaseguros de Fogafín y primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio que recibieron durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a estas AFPs. Absolviendo a la llamada en garantía MAPFRE Colombia Vida Seguros S.A., de las pretensiones del llamamiento en garantía. Finalmente, imponiendo costas, a las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.

Recursos de Apelación

El apoderado judicial de la **demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.,** formuló **recurso de apelación** parcialmente, señalando que, la parte actora no logró probar ni el error ni la fuerza ni el dolo para tenerse probada la ineficacia de la afiliación de la demandante que realizó del RPM al RAIS administrado por la entidad, se debió haber verificado los mecanismos de carácter legal

que tenía la parte actora para poder lograr la devolución al régimen de prima media, por lo que se evidenció que no hizo uso del derecho al retracto de la afiliación ni tampoco manifestó su deseo de regresar al régimen de prima media, por lo cual se puede concluir respecto de esa actuación de la parte demandante y de los traslados realizados de manera horizontal entre las diferentes AFPs es su permanencia en el RAIS, por ende queda desvirtuada la ineficacia de la afiliación.

Para el momento de la afiliación que hizo la actora del régimen de prima media al régimen de ahorro individual para aquella época no era exigible más allá del formulario de afiliación ni dejar una constancia escrita en la cual se dejaba documentada la debida asesoría prestada a la parte actora.

En lo que tiene que ver con la prescripción es claro que la acción versa no solo en la adquisición de la obligación del derecho pensional como tal, sino que está encaminado a obtener la nulidad de la afiliación o ineficacia del sistema pensional en uno de los regímenes pensionales con el propósito de obtener no el derecho mismo sino un mayor valor de la mesada pensional.

Respecto a la devolución de los gastos de administración, prima de reaseguros y primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, dichos rubros no son base para la financiación de una pensión de vejez ni de invalidez en el régimen de ahorro individual y al ordenarse a la AFP devolver a Colpensiones lo descontado por la comision de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de la parte actora ya que recibiría unos rendimientos generados por una buena administración de la demandada sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión, lo que genera un detrimento en el patrimonio de Porvenir S.A. vulnerándose el derecho a la igualdad y privilegio de manera injustificada a una de las partes del contrato que fue declarado nulo y que fue suscrito de buena fe.

Finalmente indica que, se debe declarar la excepción de compensación, ya que si se declara la ineficacia de la afiliación todo vuelve a su estado original a la afiliación al régimen de prima media, motivo por el cual los rendimientos que se hayan generado en favor de la actora deberán compensarse con los gastos de administración, teniendo en cuenta que siempre se actuó conforme a la ley y a la Constitución.

La apoderada judicial de la **demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.,** presentó igualmente **recurso de apelación**, indicando que, la entidad cumplió con la normatividad que le era exigible en el año 2008 cuando la actora se trasladó entre AFP, a través de los asesores le brindaron información clara, completa, veraz y comprensible, lo que le permitió en un ejercicio de su libre voluntad afiliarse a la AFP, por lo que no puede exigirse a la demandada el cumplimiento del deber de información que no estaba previsto para la fecha de la afiliación de la demandante, no se tuvo en cuenta que el deber de información es de doble vía, por lo que no puede eximirse a la afiliada de su deber de concurrir suficientemente informada al acto de afiliación argumentando que en cabeza de la AFP existe una carga informativa que no es suficiente la manifestación de la actora quien indicó que confió en la información brindada sin manifestar cualquier duda o inquietud con relación al traslado entre AFPs.

Que, Porvenir S.A., no fue la AFP que materializó el traslado original de régimen que hizo la actora, como quiera que el mismo lo realizó la AFP HORIZONTE, por lo que la entidad no es la que estaba llamada al cumplimiento del deber de información, al recibir la solicitud de traslado de la demandante no pudo negarse a la misma, pues la actora cumplía con todas las condiciones que eran exigidas en ese momento para trasladarse de AFP, por lo que la demandada obro conforme al marco legal que regulaba el traslado de régimen realizado y obro de buena fe.

Se debe tener en cuenta que, la consecuencia de declarar la ineficacia

sobre un acto jurídico es entender que el mismo nunca nació a la vida jurídica, pues si se entiende que las cosas deben retrotraerse al estado anterior al que se encontraban, se debe entender que la entidad nunca administró los dineros que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante pues esta nunca realizó aportes a la misma entonces esos rendimientos nunca hubieran existido.

Respecto a la comision de administración esta direccionada a retribuir la gestión que deben desarrollar las administradoras de pensiones que hacen parte del sistema general en pensiones, dicha comisión no es de la afiliada, tanto en el RAIS como en el RPM la ley dispone de ese porcentaje a favor de las AFPs, ordenar que se devuelva este valor es generar un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido a favor de Colpensiones pues en relación de los aportes pensionales no ejecutó ninguna gestión, además la comisión de administración no hace parte de los recursos pensionales dirigidos a financiar las prestaciones económicas que puedan causarse al cumplimiento de los requisitos legales sino a retribuir la gestión de las administradoras pensionales, además la entidad realizó una adecuada gestión de la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues cumplió con generar una rentabilidad acorde con las directrices legales, rentabilidades que en virtud de la nulidad al RAIS se ordena trasladar a Colpensiones y en aplicación a las restituciones mutuas no es procedente ordenar a la AFP asumir el valor de la comisión de administración porque es una violación al principio de buena fe y confianza legitima porque judicialmente se ordena devolver una suma que tiene un titular definido legalmente.

En lo atinente a las primas de los seguros previsionales y la absolución de la llamada en garantía MAPFRE S.A., es claro que SKANDIA S.A., está autorizada para realizar los respectivos descuentos, por lo que no puede condenársele a devolver estos valores.

La apoderada judicial de la **demandada COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías,** formuló **recurso de apelación** parcial, manifestando que, de

cada aporte realizado por la actora un 3% fue destinado para cubrir los gastos de administración y para cancelar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley, durante todo el tiempo que la actora estuvo afiliada con la entidad, está administro los dineros que deposito en la cuenta de ahorro individual, gestión que realizó con la mayor diligencia y cuidado, dicha gestión de administración se vio reflejada en los buenos rendimientos financieros que genero la cuenta de ahorro individual de la demandante, no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración porque se encuentran debidamente autorizados por la ley como contraprestación a una buena gestión de administración, además son gastos de administración ya causados y la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS con SKANDIA S.A., por lo que la cuenta con Colfondos S.A. se encuentra inactiva.

Las sumas adicionales de la aseguradora ya fueron pagadas a las aseguradoras que cubren las contingencias de invalidez y sobrevivencia.

Adicionalmente la ley establece que, el 3% del IBC esta destinado a cancelar los gastos de administración, las primas de reaseguros de FOGAFIN y las primas de invalidez y sobrevivientes.

La apoderada judicial de la **demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** formuló igualmente, **recurso de apelación**, informando que, la entidad ha actuado con estricta sujeción a la ley, toda vez que, la afiliada no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, toda vez que la actora cuenta con 57 años de edad no es posible trasladarse de régimen pensional.

Si la entidad se hubiese negado al traslado de la actora, estaría incurriendo en una violación al derecho a la libre elección que le asiste

a la demandante.

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,** la **Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías** y **SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías S.A.,** respecto de la sentencia proferida por la juez de primera instancia.

De igual forma, por mandato del inciso 3º 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 **MARIA ELVIRA VELASCO SARDI** se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces **ISS,** hoy **COLPENSIONES**, el 15 de enero de 1985 según reporte de semanas cotizadas en pensiones (fl. 487 contestación Colpensiones); ***(ii)*** más adelante, el **1º de abril de 1997**, la actora se afilia con la AFP HORIZONTE hoy la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** (fl. 72 contestación Porvenir S.A); luego se trasladó a **COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías S.A.** el 1° de abril de 2001 (fl. 72 contestación Porvenir S.A.), nuevamente el 1° de agosto de 2003, se trasladó la

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. (fl. 72 contestación Porvenir S.A) y finalmente, se trasladó el 1° de junio de 20018 con **SKANDIA Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.** (fl. 83 contestación Skandia S.A.); y, ***(iii)*** el 26 de octubre de 2020, radicó solicitud de traslado al RPM, ante la entidad demandada Colpensiones solicitud de nulidad de afiliación y traslado de régimen, petición que fue negada (fl. 41 a 43 subsanación demanda).

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)** declarar la prescripción de la acción; y, **VI)** el traslado de los gastos de administración, y demás emolumentos relacionados a la cuenta de ahorro individual del afiliado, del RAIS al RPMPD.

Análisis del Caso

Ineficacia de Traslado

El traslado, como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto 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, se puede extraer de las documentales aportadas que, a partir del **1º de abril de 1997** (fl. 72 contestación Porvenir S.A.), la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la AFP HORIZONTE hoy **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.,** luego se trasladó a **COLFONDOS S.A.**

Pensiones y Cesantías, el 1° de abril de 2001 (fl. 72 contestación Porvenir S.A.); posteriormente se trasladó nuevamente a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.,** el 1° de agosto de 2003 (fl. 72 contestación Porvenir S.A.) y finalmente, el 1º de junio de 2008, se trasladó con **SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.** (fl. 83 contestación Skandia S.A.), donde se encuentra afiliada 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 **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., y SKANDIA S.A.,** hayan cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en ella, 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.

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 ignoraba la incidencia que aquella podía 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 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 ésta Sala, entonces que, es dable ordenar a **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.** y **SKANDIA 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 debidamente indexados**, 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**, ni de **Colpensiones**.

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 mantenido 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 se adicionará en el sentido de condenar a las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A. en costas, en suma igual y adicional a la impuesta a las demandadas Porvenir S.A. y Skandia S.A., al haber sido vencidas en juicio, siendo liberalidad juez, analizar en cada caso concreto las circunstancias de la misma, para imponer los montos a cada una de las condenadas, sin que necesariamente tengan que ser iguales para todas.

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

Decisión

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la **Sentencia 110 del 13 de mayo de 2021,** proferida por el **Juzgado Octavo 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 Colombiana de Pensiones COLPENSIONES,** a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.,** a **COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías** y a **SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías S.A.,** y en favor de la demandante MARIA ELVIRA VELASCO SARDI; 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 de 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