República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	**Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia**
Demandante	**JOSE HORACIO RICO DUQUE**
Demandados	**COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicación	**76001310500920210035001**
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 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 deben reintegrar las AFPS 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. 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. **El enriquecimiento sin justa causa** no opera en los

	procesos de ineficacia del traslado de régimen pensional.

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de marzo 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 **DECRETO LEGISLATIVO No. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020**, **artículo 15**[1] 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, PCSJA21-11840 del 26 de agosto de 2021 y PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022**, 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.,** y surtir el Grado Jurisdiccional de **Consulta** a favor de Colpensiones, respecto de la **Sentencia No. 322 del 15 de septiembre de 2021,** proferida por el **Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali**.

Alegatos de Conclusión

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

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

SENTENCIA No. 091

Antecedentes

José Horacio Rico Duque, presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de pensiones – COLPENSIONES y 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 y rendimientos. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

En resumen de los hechos, el demandante indicó que, nació en Bugalagrande el 04 de septiembre de 1961.

Que, se afilió al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, donde realizó cotizaciones por varios años antes de trasladarse al Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

Que, como consecuencia de una información errada y precaria se afilió al fondo de pensiones Porvenir S.A., en su sitio de trabajo Fundación Valle del Lili, sin haber recibido ningún tipo de asesoría.

Que, al momento de realizarse la afiliación, no recibió una información necesaria, clara y por escrito, de la proyección pensional para identificar las ventajas y/o desventajas, incumpliendo así el fondo su deber legal que tenía de proporcionar la información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas que tendría con el Traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), especialmente en lo relacionado con el monto de su pensión,

tampoco se le entregó el plan de pensiones y el reglamento de funcionamiento del fondo, de lo cual debió quedar copia por escrito.

Que, Porvenir S.A. con posterioridad omitió enterarlo de forma clara y por escrito del derecho a la retractación de su afiliación tal como lo establece el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994.

Que, el hecho de haber omitido Porvenir S.A. la obligación de informarle las ventajas y desventajas del traslado, como la posibilidad de retractación lo indujeron a un error en el consentimiento, toda vez que, en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, RAIS, nunca alcanzaría los beneficios y condiciones más favorables a las existentes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definidas que ofrecía el Instituto de Seguros Sociales en ese momento.

Que, durante su vinculación a Porvenir S.A., hasta la fecha, no ha recibido ningún tipo de información de parte del fondo en relación con su expectativa pensional, menos ha sido convocado a una cualquiera de las dependencias en la ciudad de Cali.

Que, durante los últimos cinco (5) años en varias ocasiones y de manera verbal ha solicitado a Porvenir S.A. autorice su traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, y la entidad ha respondido negando la petición.

Que, el 12 de abril de 2021, solicitó a Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías mediante derecho de petición, que se autorizara su traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la entidad el 03 de mayo negó la posibilidad del traslado.

Que, el 24 de marzo de 2021, solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, su afiliación, diligenciando el formato diseñado para tal fin y la entidad no ha generado una respuesta.

El **Ministerio Público**, intervino a través de la **Procuradora 9 Judicial I para asuntos del trabajo y de la Seguridad Social**, indicando que, teniendo en cuenta las particularidades del presente caso, corresponde a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dando aplicación a la figurada denominada por la doctrina "*carga dinámica de la prueba*", consagrada en el Art. 167 del C.G.P., probar que en el proceso de traslado de fondo de pensiones realizado, al demandante, le brindaron una información clara, objetiva, comparada y transparente sobre las características de ambos sistemas, permitiéndole valorar las consecuencias de su traslado dando cumplimiento a los requisitos legales impuestos a las Administradoras de Fondo de Pensiones y Cesantías, desde su creación.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantias Porvenir S.A.,** al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones presentadas, por cuanto, el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia y/o nulidad de la afiliación. Al encontrarse válidamente afiliado en el R.A.I.S., sin que logre demostrar el demandante la causal de ineficacia y/o nulidad que invalide lo actuado, no hay lugar a decretarse la misma. En su defensa propuso la excepción previa denominada: **Falta de legitimación del litisconsorcio necesario** y las excepciones de mérito denominadas: **Prescripción; Prescripción de la acción de nulidad; Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 322 del 15 de septiembre de 2021;** declarando no probadas las excepciones propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas; declarando la ineficacia del traslado del señor José Horacio Rico Duque, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, gestionado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,

administrado por Porvenir S.A.; en consecuencia el señor José Horacio Rico Duque, debe ser admitido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, gestionado por la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales al afiliado, conservando el régimen al cual tenía derecho, que en el presente caso, no es el de transición, una vez Porvenir S.A., realice el traslado de los aportes con sus respectivos rendimientos financieros, así como la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de administración; ordenando a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantias Porvenir S.A., representada legalmente por el doctor Miguel Largacha Martínez, o quien haga sus veces, al cual se encuentra actualmente afiliado el señor José Horacio Rico Duque, que traslade a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del accionante, con sus respectivos rendimientos financieros, y así mismo efectúe la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de administración; ordenando a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, representada legalmente por el doctor Juan Miguel Villa Lora, o por quien haga sus veces, que cargue a la historia laboral del señor José Horacio Rico Duque, los aportes realizados por éste, a Porvenir S.A., una vez le sean devueltos con sus respectivos rendimientos financieros, así como las sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de administración; las costas a cargo de la parte vencida en el proceso; fijando la suma de $908.526, en que el despacho estima las agencias en derecho, a cargo de cada una de las demandadas, Colpensiones y Porvenir S.A.

Recursos de Apelación

Presentaron recursos de apelación las partes demandadas **Colpensiones** y **Porvenir S.A.**

Colpensiones, manifestó que, hay que tener en cuenta que, si bien es cierto la Ley 797 de 2003 permite que, las personas que hagan parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aquellas que no se han regresado al Régimen de Prima Media puedan regresar a éste en cualquier tiempo.

Manifestó que, los afiliados deben cumplir antes por una permanencia de cinco años al Régimen al cual se quieren desvincular y que no falten Díez años o menos para tener la edad de reconocimiento de pensión es decir que, estudiando las condiciones concretas encontrándose a menos de diez años de la edad de pensión, ese traslado no podrá hacerse efectivo, debido a que, se convierte en una desmejora para quien decida cotizar al Sistema de Pensiones de manera permanente y continua por ser una entidad solidaria que cuenta con aportes comunes para realizar el respectivo reconocimiento pensional.

Precisó que, la entidad no está obligada a reconocer lo pretendido por el accionante, toda vez que, el traslado que el demandante realizó en su momento al Régimen de Ahorro Individual fue realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Frente a los vicios que se le imputan al traslado se debe manifestar que, se conserva incólume su condición validez y surten plenamente sus efectos en el mundo jurídico, como quiera que, ha sido desvirtuado por el demandante, por cuanto, no contiene vicio alguno y debe ser despedido por la autoridad competente de la ritualidad exigida para su creación y ejecutoria tanto los motivos que se toman como la motivación que contiene tienen que ser consistentes y concluyentes con las normas superiores que, regulan lo concerniente al traslado, por lo tanto, los vicios que se le imputan carecen de fundamento con los preceptos del ordenamiento jurídico.

Interpuso recurso frente a la obligación de recibir, la cual, podría afectar directa o indirectamente a la entidad, razón por la cual solicitó que, revise

en su totalidad el marco jurídico y Jurisprudencial de la Sentencia por vulnerar a futuro la sostenibilidad financiera de la entidad que, tendrá a su cargo el reconocimiento de prestaciones pensionales, intereses moratorios, y demás sin haber percibido los aportes del demandante durante toda su vida laboral.

Porvenir S.A., presentó recurso de apelación con el objeto que, se absuelva a la entidad y revoque en su totalidad el fallo.

Indicó que, teniendo en cuenta que, a lo largo del trámite del proceso, para las pruebas documentales aportadas y el interrogatorio rendido por el actor, se logró acreditar la eficacia del traslado de régimen pensional del señor José Horacio Rico Duque del 19 de abril de 1994, de conformidad con las normas vigentes para la fecha del traslado, lo anterior, con base en lo estipulado en la Sentencia SL 1452 del año 2019, toda vez que, el traslado se encontraba en la primera etapa en la evolución del deber de información, por lo cual, la entidad le brindó al actor de manera verbal información, la cual, culminó con el formulario de afiliación, lo anterior, con apego a las normas vigentes como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el articulo 97 literal 1 (sic) del Decreto 660 del año 1993.

Que en el presente caso se pretende que, la entidad aporte al proceso documentales para el año 1994 o acredite que se hubiese documentado al demandante, que la información que se brindó al actor fue información verbal que se acreditó con el interrogatorio el motivo del actor es netamente económico más no se logró acreditar en su ideación indefinida que sea por una falta de información al momento del traslado, toda vez que, claramente informó que, con una reunión larga que tuvo con los asesores del fondo privado y que no recuerda la información que le dijeron, incluso teniendo contradicciones con el empleador al momento de la afiliación da como se lee en el formulario de afiliación.

Por lo expuesto con anterioridad solicitó que, se revoque en su integridad el fallo y se absuelva a la entidad, en caso en que, se mantenga la declaratoria de la ineficacia, solicitó que, se revoque el numeral cuarto parcialmente de la sentencia, en el entendido que, se ordene claramente el traslado de los valores que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, aportes o cotizaciones con sus respectivos rendimientos financieros y se absuelva a la entidad de devolver el concepto de gastos de administración adicionales, los cuales, fueron debidamente descontados con apego a lo que exige el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, inciso tercero.

En cuanto a los dineros de sumas adicionales, indicó que, éstos fueron contratados con las respectivas aseguradoras para cubrir los potenciales riesgos de pensión de vejez, invalidez o pensión de sobreviviente y dichos dineros se descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor.

Que la norma antes mencionaba respecto de los gastos de administración que, éstos cumplieron su objetivo legal de administrar los bienes del afiliado y sus aportes, generar los rendimientos que hoy en día se ordena en el traslado y así mismo hacer todos los trámites pertinentes en todos los años que estuvo afiliado con Porvenir S.A. y tiene una relación directa con la rentabilidad mínima que, el fondo privado le debe garantizar a sus afiliados.

Que, si el actor nunca se hubiese trasladado de régimen y hubiese permanecido siempre afiliado al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida se recuerda que, en Colpensiones que administra hoy los aportes del ISS también hubiesen descontado los dineros y por lo tanto, se estaría ante un enriquecimiento sin justa causa al trasladar unos aportes que hubiesen sido descontados, se recuerda que, se debe investigar que la entidad no los trabajo, invirtió o contrató con los respectivos seguros pero por el contrario se verían los rendimientos financieros que legalmente la entidad le incrementó a los aportes del demandante.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión, resolver los **recursos de apelación** interpuestos por las **demandadas Colpensiones** y **Porvenir S.A.,** respecto de la sentencia proferida 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)*** el **demandante,** se encontraba afiliado a **Colpensiones** y posteriormente diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado ante **Porvenir S.A.,** el 19 de abril de 1994 (sin pág., expediente digital, cuaderno del juzgado, 18 Memorial Contestación Demanda Porvenir Sa); ***(ii)*** el **demandante,** diligenció el formulario de afiliación al Sistema General de Pensiones ante **Colpensiones** y no se observa respuesta de la entidad en el expediente. (sin págs., expediente digital, cuaderno del juzgado, 03 Poder Anexos); y, ***(iii)*** el **demandante,** el 12 de abril de 2021, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante **Porvenir S.A.** y la entidad a través de comunicado 0103802049280700 del 3 de mayo de 2021 negó

[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.".

la solicitud. (sin págs., expediente digital, cuaderno del juzgado, 03 Poder Anexos)

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 afiliado 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 el recurso de apelación se determinará si resulta procedente: ***(ii)*** la ineficacia del traslado de régimen pensional, por cuanto: ***(a)*** al demandante le faltan menos de 10 años para obtener el derecho a la pensión de vejez; ***(b)*** el traslado del demandante fue libre, voluntario y sin presiones; ***(c)*** no existió vicio en el consentimiento de la parte actora; ***(d)*** la administradora le brindó información al demandante de manera verbal; ***(e)*** la devolución de gastos de administración, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora del RAIS al RPMPD; ***(f)*** la devolución de gastos de administración genera un enriquecimiento sin justa causa al demandante; ***(g)*** el demandante presentó la acción alegando una inconformidad con la mesada pensional; ***(iii)*** el traslado de régimen pensional del demandante vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema; ***(iv)*** el traslado de los rendimientos financieros y gastos de administración generan un enriquecimiento sin justa causa al demandante.

Análisis del Caso

Ineficacia del 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 desavenencias 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, 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 conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber de 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 los afiliados 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 al interesado 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 sus afiliados 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 el derecho a retractarse*" que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

Tal omisión, en tratándose de este aspecto, acarrea la ineficacia de la selección, pues se parte del hecho de que la decisión no fue informada, y que está mediada de error.

Se remite la Sala a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia **del 22 de noviembre de 2011 radicado 33083,** entre otras como soporte jurisprudencial de esta decisión. Debe precisar la Sala que aun cuando la

jurisprudencia citada corresponde a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, no obsta su aplicación al presente asunto dadas las similitudes y características que existen entre la posibilidad de afiliarse o trasladarse en los diferentes regímenes del sistema pensional.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente abordó el tema que ocupa la atención de la Sala, en la **Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838**, redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero".* (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, obra copia de la solicitud de vinculación del **19 de abril de 1994,** que da cuenta que el **demandante** fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con **Porvenir S.A.,** (sin pág., expediente digital, cuaderno del juzgado, 18 Memorial Contestación Demanda

Porvenir Sa); El documento fue suscrito por el demandante, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **José Horacio Rico Duque** se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen, **Porvenir S.A.** haya 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 él, al demandante.

En efecto, no se denota que la entidad de seguridad social demandada le haya suministrado al demandante los datos y explicaciones del traslado respectivo; 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 pretende el fondo demandado**,** acreditar que cumplió 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 el fondo privado, pues, no se puede predicar que el accionante, tomó verdaderamente una decisión libre y voluntaria, cuando ignora la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple y fría expresión genérica pre impresa en un formato.

Tampoco se denota una constancia de que se haya entregado el Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la administradora de pensiones, que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes; y mucho menos reposa la comunicación que por escrito la AFP debió dirigir al demandante referente a la posibilidad de retractarse.

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

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

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

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.

De acuerdo al ítem del recurso de apelación, que concierne sobre si el traslado de régimen pensional vulnera el principio de sostenibilidad financiera, la presente Colegiatura se adhiere al criterio expuesto en la Sentencia SL 2877 del 2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se estableció que, 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.

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 demandante en el RAIS, sino de la administración que, en el RPM le corresponde a COLPENSIONES, sin que esto genere un enriquecimiento sin causa en favor del **demandante** 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 del demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que el demandante ha mantenido 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 la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **Porvenir S.A.** y **Colpensiones,** a favor del demandante **José Horacio Rico Duque**, por no haber salido avante 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 No. 322 del 15 de septiembre de 2021,** proferida por el **Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: En la presente instancia las **Costas** estarán a cargo de **Colpensiones y Porvenir S.A.,** a favor del demandante **José Horacio Rico Duque**, 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.

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