



República de Colombia

Tribunal Superior de Cali

Sala Laboral

Proceso	Ordinario - Apelación y Consulta de Sentencia
Demandante	OSCAR HUMBERTO ESCOBAR
Demandados	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación	760013105017202000153 01
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	<p>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.</p> <p>Respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, sumas adicionales, 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.</p> <p>El traslado de régimen se encuentra ligado al derecho a la seguridad social, y por consiguiente al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, resulta imprescriptible, junto con los derechos que se deriven de la declaratoria.</p> <p>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.</p> <p>Procede la condena en costas a la AFP Porvenir S.A. en segunda instancia, y en Primera Instancia en virtud del numeral 1º del artículo 365 del CGP, toda vez que ejerció oposición y fue vencida en juicio.</p>

En Santiago de Cali, a los veintidós (22) días del mes de abril 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 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, 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 proceden 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. 68 del 4 de junio de 2021**, proferida por el **Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali**.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por la parte **demandante**, y la **demandada 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. 135

Antecedentes

OSCAR HUMBERTO ESCOBAR, presentó demanda Ordinaria Laboral contra

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

la **Administradora Colombiana de pensiones – COLPENSIONES** y la **Administradoras 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 señaló que, inició labores en abril de 1975 con el patrono Ingenio María Luisa PAT No. 4102000174 desde el 3 de abril de 1975 a través de la referida empresa inició a cotizar al ISS hoy Colpensiones.

Que, el fondo Horizonte hoy Porvenir S.A., lo suscribió con vinculación aparente con fecha 12 de septiembre de 1997 al (RAIS) Regimen de Ahorro Individual, sin comunicarle, y sin asesoría pertinente del asesor comercial de la administradora del fondo Horizonte hoy Porvenir S.A.

Que, la administradora no le brindó información completa, entendible y a la medida, sobre los beneficios e inconvenientes que implicaba su afiliación al Regimen de Ahorro Individual RAIS, con la AFP Porvenir S.A. y de tener la opción de hacer su afiliación al RPM Regimen de Prima Media Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, que le permitieran tomar una decisión de una manera segura sobre las consecuencias económicas que traería para él y su familia, en el momento de adquirir el status de la pensión de vejez.

Que, el 20 de diciembre de 2019, solicitó ante Colpensiones la afiliación al Regimen de Prima Media con Prestación Definida con RAD. No. 2019_17058682-21648201 y la entidad mediante respuesta de fecha 20 de diciembre de 2018, con rad. No. 2019_17058682.21648201 le informó que, la solicitud fue rechazada por cuanto, se encuentra vinculado al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

El **Ministerio Público**, a través de la Procuradora Veintiocho Judicial II para asuntos laborales indicó que, les corresponde a las administradoras, dando aplicación a la figura denominada carga dinámica de la Prueba, consagrada en el art. 167 del CGP, 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. En su defensa propuso la excepción de fondo denominada: **Prescripción parcial**.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones presentadas por cuanto, con los documentos aportados con la demanda, la parte activa no logró si quiera demostrar que se haya originado un vicio en el consentimiento, tal y como lo establece en el artículo 1502 del C.C. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Falta de legitimidad en la causa por pasiva; Inexistencia de la obligación; Buena fe de la entidad demandada; Prescripción; Legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y buena fe del demandado y la Innominada o genérica**.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, al contestar la demanda, se opuso a todas las pretensiones presentadas, por cuanto, en el año de 1997 la afiliación por parte del demandante se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños. En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas: **Prescripción; Buena fe; Inexistencia de la obligación; Compensación y Genérica**.

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali**, profirió la **Sentencia No. 68 del 4 de junio de 2021**; declarando no probadas las excepciones formuladas por Colpensiones y Porvenir S.A.; declarando la INEFICACIA DEL TRASLADO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor Oscar Humberto Escobar de condiciones civiles conocidas en este trámite, con Horizonte S.A., en el año 1997, hoy Porvenir S.A., retornando en consecuencia, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por la Administradora Colombiana de

Pensiones – Colpensiones; condenando a PORVENIR S.A., a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual del señor Oscar Humberto Escobar, de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A.; ordenando que la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones reciba la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del señor Oscar Humberto Escobar de condiciones civiles conocidas en el plenario, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual; absolviendo a COLPENSIONES de la condena en costas en su contra; condenando en costas a PORVENIR S.A., por haber sido vencida en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago.

Recursos de Apelación

Inconformes con la decisión, **Colpensiones** y **Porvenir S.A.**, presentaron **recurso de apelación**.

Colpensiones, Solicitó que, se revoquen la sentencia proferida.

Afirmó que, no quedó probado en el proceso que la entidad haya tenido injerencia alguna en el traslado del demandante del Regimen de Prima Media al RAIS administrado por los fondos privados, toda vez que, fue un acto de una decisión libre, voluntaria y sin presiones sin vicio alguno que nulitara la afiliación suscrita razón por la cual no es admisible que, estando a años de haber realizado el traslado de régimen pretenda que el demandante retorne al Régimen de Prima Media, provocando el consecuente detrimento patrimonial a la entidad y además afectando la estabilidad financiera del Sistema Pensional, pues, es ella quien finalmente tendrá que asumir la carga pensional del actor aun sin haber administrado sus aportes durante todos estos años.

Resaltó que, para la fecha del traslado realizado voluntariamente por el demandante del Régimen de Prima Media al RAIS, no existía normatividad vigente que obligara al ISS hoy Colpensiones a brindar una doble asesoría al momento de la sentencia proferida.

Porvenir S.A., solicitó que, se revoquen los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, sexto y cualquier otra condena de la sentencia proferida.

Consideró que, el Despacho no debió declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional atendiendo a que, los demandantes recibieron la asesoría pertinente conforme a la fecha en que se trasladó de régimen pensional, la asesoría que se hacía de manera verbal, no había obligación de mantener constancias escritas el ISS en su momento hoy Colpensiones tampoco tenía o tiene constancias escritas de las asesorías que hacían sus potenciales afiliados al Sistema y por ende no pueden cargarse a una de las partes en este caso.

Que, a la entidad no es dable exigirle condiciones y requisitos que el Legislador no había previsto al momento de la afiliación del demandante, pues, la asesoría prevista para dicha calenda era de manera verbal cumpliendo la entidad con cada una de las obligaciones como administradoras de conformidad con los artículos 13, 14 de la Ley 100 y las demás normas de la Ley sin que se haya presentado ningún vicio en el consentimiento ni error, fuerza o dolo y tampoco alguna falta al deber de información.

Que, carecen de razones atendibles las consideraciones del Despacho para declarar la ineficacia de los traslados de régimen pensional más aun para ordenar traslados de gastos de administración, bonos pensionales y todo aquello que se condenó dentro de la sentencia.

Que, en la afiliación del demandante también estuvo involucrado el art. 114 de la Ley 100 de 1993, pues cada demandante fue informado del derecho al retracto de su afiliación para que retornara al régimen de Prima Media, no lo hizo y por el contrario ha estado y se mantiene de manera válida desde hace más de 25 años dentro del RAIS, percibiendo

los beneficios que cada uno ha percibido con su vinculación como por ejemplo los rendimientos de la cuenta de ahorro pensional.

Afirmó que, el Despacho debió tener en cuenta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2001 de 2015, donde se indicó, por parte del Legislador, que solo a partir de la existencia del ISS se puede exigir una asesoría; en cuanto, a la favorabilidad sobre el monto de la pensión y que no había obligación de mantener constancias escritas; considera que, el Despacho se equivocó al no atender el mandato legal establecido por el Legislador de las normas y se refirió a que para acceder al beneficio pensional en el RAIS debe cumplirse con los requisitos del artículo 64 de la Ley 100, situación que solo puede verificarse cuando el demandante presente ante la entidad los documentos necesarios acompañado de la petición para estudiar la viabilidad de la pretensión y por ende de una proyección de mesada pensional no puede indicar su derecho adquirido.

Que, es viable que se declare la prescripción en el presente proceso porque no trata sobre el reconocimiento o un beneficio pensional sino sobre la intención del demandante de regresar al RPM, por ende, esa acción no es imprescriptible; además, el Despacho no podría condenar a la entidad a trasladar bonos pensionales, por cuanto, no ha recibido valor alguno por cuenta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP, suma alguna por concepto de bonos pensionales del demandante y como no podía condenar a trasladar sumas que no ha percibido.

Que, no se podría ordenar trasladar gastos de administración porque es Porvenir S.A., quien ha administrado correctamente y de buena fe las cuentas de ahorros pensionales de los demandantes cuentas que han generado grandes rendimientos y por ende no podría ordenarse trasladar tal suma a la entidad porque con ello se incurre en un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones y en favor de la parte demandante dentro del proceso.

Indicó que, frente a los gastos de administración, también opera el fenómeno de la prescripción establecido en las normas del CST y CPLSS. Que, el Despacho no se avino al artículo 113 de la Ley 100 de 1993 literal A que indica cuales son los valores que se deben ordenar trasladar en

este caso cuando se trate de traslados simples de ineficacia o nulidad solo se pueden ordenar trasladar los rendimientos y las cotizaciones que impliquen trasladar gastos de administración y cualquier otra condena accesoria impuesta a la entidad.

Solicitó que, se revoquen todas las condenas impuestas en la Sentencia y, en el evento de confirmarse el numeral segundo, de cada una de ellas en cuanto a la ineficacia del traslado se revoque el numeral tercero lo que se condenó a trasladar por bonos pensionales, por cuanto, no se ha recibido suma alguna por tal concepto y gastos de administración atendiendo precisamente las circunstancias de ello y también los rendimientos de la cuenta de ahorro pensional.

Que, si la afiliación no ha nacido a la vida jurídica no puede generar los rendimientos de la cuenta de ahorro pensional que se están ordenando a trasladar en la Sentencia.

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. CLARA CECILIA DUEÑAS².

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.

² “La Nación sí garantiza el pago de las pensiones, se itera, del régimen de prima media con prestación definida, de forma que debe surtir 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.”.

Hechos Probados

En el presente asunto, no se encuentra en discusión que: **(i)** El **demandante, Oscar Humberto Escobar**, se encontraba afiliado a **Colpensiones** y posteriormente diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP Horizonte**, el 12 de septiembre de 1997, siendo fecha de inicio de efectividad el 1 de noviembre de 1997 (pág. 68 , expediente digital, cuaderno del juzgado, 17 Contestación Porvenir 20210303); **(ii)** entre las **AFPS Horizonte** hoy **Porvenir S.A.**, hubo una sesión por fusión quedando trasladado el demandante a la última administradora referida (pág. 66, expediente digital, cuaderno del juzgado, 17 Contestación Porvenir 20210303); y, **(iii)** el **demandante**, el 20 de diciembre de 2019, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante **Colpensiones** y la entidad mediante Resolución 2019_17058682-21648201 del 20 de diciembre de 2019, negó la solicitud. (págs. 42 y 43, expediente digital, cuaderno del juzgado, 02 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 a los recursos de apelación se determinará si resulta procedente: **(ii)** declarar la ineficacia del traslado del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que: **(a)** no quedó probado dentro del proceso que, la entidad tuviera injerencia alguna en el traslado de régimen pensional del demandante; **(b)** el acto de afiliación fue libre, voluntario y sin presiones sin vicio alguno que nulite la afiliación; **(c)** el traslado de régimen pensional afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional; **(d)** al momento del traslado no existía normatividad vigente que obligara a realizarle al demandante la doble asesoría; **(e)** el demandante recibió la asesoría pertinente conforme a la fecha en que se trasladó de régimen pensional, de manera verbal, no había obligación de mantener

constancia escrita de la asesoría; **(f)** no se presentó vicio en el consentimiento de error, fuerza o dolo ni falta al deber de información; **(i)** el demandante no ejerció su derecho al retracto; **(j)** la operancia de la prescripción en el presente proceso; **(iii)** traslado de los gastos de administración, bonos pensionales y rendimientos; **(iv)** la operancia de la prescripción frente a gastos de administración; **(v)** costas y agencias en derecho a cargo de Porvenir S.A. a favor del 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 comercial 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 **12 de septiembre de 1997**, que da cuenta que el demandante fue trasladado del **RPM** al **RAIS** con la **AFP Horizonte S.A.** (pág. 68, expediente digital, cuaderno del juzgado, 17 Contestación Porvenir 20210303); El documento fue suscrito por el **demandante**, y no se ha desconocido su validez en el presente asunto. En términos simples, **Oscar Humberto Escobar** se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

Que, entre las **AFPS Horizonte S.A.** hoy **Porvenir S.A.**, hubo una sesión por fusión quedando trasladado el demandante a la última administradora referida. (pág. 66, expediente digital, cuaderno del juzgado, 17 Contestación Porvenir 20210303).

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que, al momento del respectivo traslado de régimen, la **EAFPS 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 ella, 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 debió 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 demandante, 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 hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, por lo tanto, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que, éstos 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 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.

De acuerdo al ítem del recurso de apelación, que concierne sobre si el traslado de régimen pensional vulnera la estabilidad o sostenibilidad financiera del sistema, 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 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.

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 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 1º 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, como ocurrió en el caso *sub examine*, **Porvenir S.A.**, ejerció oposición en el desarrollo del proceso y finalmente fue derrotada en juicio, de tal suerte que debe asumir las consecuencias, entre estas, la de la condena en costas. Por lo que se confirmará en tal sentido.

En la presente instancia, las **Costas** estarán a cargo de **Porvenir S.A.**, y **Colpensiones**, a favor del **demandante Oscar Humberto Escobar**, por no

haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de **TRES MILLONES DE PESOS** (\$3'000.000) m/cte., como agencias en derecho, a sufragarse por cada una ellas.

Decisión

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

RESUELVE

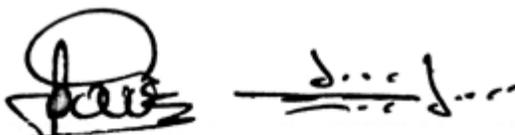
PRIMERO: CONFÍRMASE la **Sentencia 68 del 4 de junio de 2021**, proferida por el **Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali**, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: En la presente instancia las **Costas** estarán a cargo de las **Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones**, a favor del **demandante Oscar Humberto Escobar** por no haber salido avantes en sus recursos de apelación, incluyendo la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3'000.000) m/cte., como agencias en derecho, a sufragarse por cada una ellas.

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

(Ausencia Justificada)
ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ
Magistrada